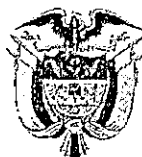


REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL

MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Radicación : 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado : Carlos Eduardo Caicedo Omar
Denunciante : De oficio
Delito : Peculado por apropiación
Procedencia : Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sta. Marta
Asunto : Proceso Ley 600 de 2000, 2ª instancia
Motivo : Apelación sentencia
Decisión : Revoca
Aprobado Acta No. : 134

Bogotá D. C., quince (15) de abril de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR (*implicado*), su defensor, el apoderado de la parte civil (*constituida por el Departamento del Magdalena*) y la Procuradora 162 Judicial II Penal; contra la sentencia de primera instancia proferida el 2 de octubre de 2007 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta (*Magdalena*), mediante la cual *absolvió* a dicho implicado por el delito de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales* y lo condenó por *peculado por apropiación a favor de terceros*, a la pena de ocho (8)

años cuatro (4) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al pago de multa por valor de setecientos setenta y seis millones ochocientos noventa y cuatro mil cincuenta y dos pesos con cuarenta y ocho centavos (\$776.894.052,48); a indemnizar los perjuicios materiales a favor de la Universidad del Magdalena, por igual monto; y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

HECHOS

Fueron relatados de la siguiente manera en la sentencia de primera instancia:

“La presente investigación tuvo origen en el informe preliminar de auditoria concurrente iniciada por la contraloría general de la Republica y del departamento del Magdalena, donde se recogen varios hallazgos fiscales en contra de la universidad del Magdalena, representada por el Doctor CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, correspondiente a los años 1999 a 2003, señalando la fiscalía los siguientes sucesos penales:

La irregularidad en la contratación por ausencia de estudios de justificación y factibilidad, inexistencia de registro presupuestal previo, su expedición extemporánea o a nombre propio del proponente seleccionado, imprecisión y falta de objetividad sobre el proceso de selección del contratista, tanto como carencia de comunicaciones sobre el particular a los proponentes no seleccionados, no evidencia el cumplimiento de las obligaciones contractuales, incluso en los contratos de obra en particular los contratos correspondientes a las resoluciones 110/03, 111/03, 128/02, 145/02, 061/02, 132/03, 106/02, 067/02, existiendo una menor cantidad de obra recibida que

la realmente contratada, así mismo, se indica una segmentación en un contrato de arrendamiento para el instituto de Posgrados.

Frente a la aplicación del Decreto 1444/92, que trata del régimen de cesantías del personal docente, exigible al treinta y uno (31) de julio de 1996, previsto por el Decreto 015 de 1996, correspondía cancelar a la Universidad el 31 de diciembre de la misma anualidad un total de \$458.500.000.00. a favor de los docentes representados por el abogado laboralista ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, sin embargo, la suma cancelada al final fue de \$3.625.500.000, según acuerdo sin fecha, por documento autenticado por el Dr. CAICEDO OMAR el día treinta (30) de diciembre de 2.002 y contratos de transacción presentados ante el tribunal Administrativo del Magdalena el día ocho (8) de Mayo de 2.003, resultando superiores en un 35.76% frente a otros empleados que estaban en idéntica situación jurídica, pagando la obligación principal, los intereses e indexación como consecuencia en el retardo en el pago. (fls.251 a 253 C.O N°11.)

De lo relatado anteriormente y que corresponde a lo señalado por la Fiscalía, se destacan como hechos relevantes que el señor CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR celebró con el Dr. ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, apoderado de 47 docentes de la Universidad del Magdalena, transacción en la que reconoció y pago alrededor de \$3.6000.000.000.00 por concepto de cesantías, sanción moratoria, deduciendo la fiscalía que el pago de la indemnización moratoria, los intereses de cesantía se cancelaron ilegalmente, por lo que le imputó el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Igualmente consideró la fiscal de segunda instancia que incurrió en el punible de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales, por cuanto en el trámite de contratación realizado en la Universidad del Magdalena, de

antemano, en el certificado de Disponibilidad Presupuestal, aparecía el nombre del contratista seleccionado, con lo que se violaban los principios de transparencia y selección objetiva que rigen para toda contratación estatal.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Durante los meses de enero y febrero del año 2004, fueron puestos en conocimiento de varias autoridades (Procuraduría, Contraloría, Fiscalía), por medio de escritos anónimos y de noticias en la prensa escrita local, presuntas irregularidades que ocurrían al interior de la Universidad del Magdalena, relacionadas con la contratación administrativa y la aplicación de los recursos económicos de ese establecimiento educativo.¹

2. En virtud de lo anterior, el Fiscal General de la Nación emitió la Resolución 0-0657 del 24 de febrero de 2004, mediante la cual asignó a la Unidad Nacional de Delitos Contra la Administración Pública “*la investigación que se desprenda de la denuncia instaurada por estudiantes, profesores y empleados de la Universidad del Magdalena*”², destacando al Fiscal Doce de esa Unidad para que adelantara hasta su culminación la misma. A la investigación se le asignó el número de 1.422³.

3. El 30 de noviembre de 2004, el Fiscal designado dispuso adelantar averiguación preliminar y ordenó escuchar en versión libre al implicado, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, quien al tiempo de los hechos se desempeñaba como Rector de la Universidad del Magdalena⁴.

¹ Folios 247 y ss C. 1.

² Folios 245 y 246 C. 1.

³ Folios 243 y 244 C. 1.

⁴ Folios 169-175 C. 3.

4. Paralela a la anterior investigación, y ante la remisión de copias de la indagación preliminar que adelantaba la Contraloría del Departamento del Magdalena⁵, la Fiscalía Décima Seccional de Santa Marta decidió abrir investigación en contra de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, el 10 de noviembre de 2004, por los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*. Expediente radicado bajo el número 54.922⁶.

Cabe anotar que por el presunto delito de *peculado por apropiación* también se vinculó al abogado ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, apoderado de cuarenta y siete (47) profesores de la Universidad del Magdalena, quienes supuestamente fueron favorecidos con el pago de sendas sumas de dinero que exorbitaron lo que realmente se les debía.

5. El 7 de diciembre de 2004, se escuchó en indagatoria a CARVAJAL SALCEDO dentro de la investigación 54.922⁷. Quien explicó detalladamente el conjunto de trámites adelantados en la negociación que culminó con una conciliación entre la Universidad y los docentes, aprobada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, que dio lugar al pago de los emolumentos adeudados a los profesores.

6. El 27 de enero de 2005, el Fiscal Doce de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, solicitó a la Fiscalía Décima Seccional de Santa Marta la remisión del sumario 54.922, por considerar que se trataba de los mismos hechos investigados dentro del radicado 1.422⁸.

7. Mediante Resolución del primero (1º) de febrero de 2005, la Fiscalía Doce de la Unidad Nacional de delitos contra la Administración Pública modificó la resolución de apertura de instrucción emitida por la

⁵ Folios 3 y ss. C. 1.

⁶ Folio 178 C. 1.

⁷ Folio 187-194 C. 1.

⁸ Folios 198 y 199 C. 3.

Fiscalía de Santa Marta, en el sentido de precisar los hechos y en torno de las pruebas ordenadas.

8. CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR fue escuchado en indagatoria el 3 de febrero de 2005, diligencia donde se declaró inocente de los cargos a él formulados, pues todas las actuaciones contractuales se rigieron por la normatividad especial vigente para la Universidad del Magdalena; y la conciliación que cristalizó en el pago a los 47 docentes significó un beneficio para esa institución, pues se trató de deudas existentes que se cancelaron por valores inferiores a los que ascendían las demandas.⁹

9. Al definir la situación jurídica, mediante resolución del 16 de marzo de 2005, la Fiscalía Doce Especializada de la Unidad Nacional de Administración Pública, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento y precluyó la investigación a favor de los implicados CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR (*Rector de la Universidad*) y ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO (*abogado laboralista litigante apoderado de los 47 docentes*), por todos los hechos, tras considerar que los delitos endilgados no existieron.¹⁰

10. El 5 de abril de 2005, la Fiscalía Doce delegada reconoció al Contralor del Departamento del Magdalena como parte civil dentro del presente asunto.¹¹

11. Al desatar los recursos de reposición (*en subsidio apelación*) presentados contra la preclusión, por el apoderado de la parte civil y el Procurador Veintinueve Judicial Penal II¹², el Fiscal Doce de la Unidad Nacional Especializada en Delitos contra la Administración Pública revocó su propia decisión y dispuso continuar la investigación por algunos de los hechos.¹³

⁹ Folios 108-138 C. 5.

¹⁰ Folios 139-191 C. 6.

¹¹ Folios 75 y 76 C. Parte Civil.

¹² Folios 206-221 y 299-271 C. 6.

¹³ Folios 75-89 C. 7.

12. Por resolución del 6 de diciembre de 2005, la Fiscalía Doce Especializada solicitó la incorporación de otra investigación, ésta adelantada por la Fiscalía Primera Seccional de Santa Marta bajo el radicado 61.959, al considerar que se trataba de los mismos hechos¹⁴. Sumario dentro del cual se había aceptado como parte civil al apoderado del Departamento del Magdalena¹⁵.

13. Recaudada la prueba necesaria, el 16 de diciembre de 2005 se declaró cerrada la investigación¹⁶.

14. El mérito del sumario fue calificado el 18 de agosto de 2006, con acusación en contra de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR y ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO por el delito de *peculado por apropiación*, punible por el cual se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación. En la misma decisión se precluyó la investigación a favor del primero de los implicados por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*¹⁷.

15. La anterior decisión fue apelada por los defensores de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR y ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, así como por el apoderado de la parte civil.

16. El 5 de septiembre de 2006 se suspendió la detención preventiva, por enfermedad grave, a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR¹⁸.

17. El 26 de febrero de 2007, la Fiscalía Cincuenta y Uno Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente la decisión recurrida y acusó a CAICEDO OMAR, no solamente por el delito de

¹⁴ Folios 11 y s. C. 9.

¹⁵ Folios 119 y 120 C. Parte Civil.

¹⁶ Folio 23 C. 11.

¹⁷ Folios 251-300 C. 11 y 1-16 C. 12.

¹⁸ Folios 5-8 C. 13.

peculado por apropiación –como lo consideró la primera instancia-, sino también por el de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Además, precluyó la investigación a favor del abogado CARVAJAL SALCEDO.

18. En firme la acusación, correspondió el conocimiento de la causa al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta¹⁹.

19. Por auto del 28 de mayo de 2007, dicho Juzgado admitió como parte civil a la Universidad del Magdalena; se mantuvo en la misma calidad a la Gobernación del Departamento del Magdalena; y se revocó la resolución del 5 de abril de 2005, mediante la cual la Fiscalía Doce había admitido como parte civil a la Contraloría de ese Departamento²⁰.

20. La audiencia preparatoria se adelantó el 13 de junio de 2007²¹, mientras que la pública fue efectuada en varias sesiones (9 y 10 de julio, y 8 y 9 de agosto de 2007²²).

En los alegatos finales, la Fiscalía solicitó absolver a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, por el delito de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y condenarlo por *peculado por apropiación*.

La Procuraduría Judicial Penal II sugirió que la absolución se conceda por los dos delitos materia de acusación.

21. El 2 de octubre de 2007, se profirió sentencia de primera instancia²³.

¹⁹ Folios 97 y ss. C. 20.

²⁰ Folios 225-227 C. 20.

²¹ Folios 257-272 C. 20.

²² Folios 1 y ss C. 21.

²³ Folios 50-93 C. 21.

22. La anterior decisión fue apelada por el procesado CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR²⁴, su defensor²⁵, el apoderado de la parte civil (*Universidad del Magdalena*)²⁶ y la Procuraduría 162 Judicial II Penal²⁷.

23. Concedidos los recursos, el expediente fue remitido a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, donde fue recibido el 3 de diciembre de 2007²⁸.

24. El magistrado ponente radicó proyecto de sentencia el 16 de junio de 2008²⁹.

25. No obstante, mediante auto del 21 de abril de 2009, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, a la que correspondía emitir sentencia de segunda instancia, elevó solicitud de cambio de radicación ante la Corte Suprema de Justicia³⁰.

26. El 20 de mayo de 2009, la Sala de Casación Penal declaró fundada la solicitud y, en consecuencia, ordenó radicar el proceso “*en los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, como primera instancia y en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad en segunda instancia*”³¹.

27. El 31 de julio de 2009 el proceso fue repartido al Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de esta ciudad³², despacho que envió la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 14 de

²⁴ Folios 102-167 C. 21.

²⁵ Folios 175-220 C. 21.

²⁶ Folios 224-234 ídem.

²⁷ Folios 270-274 ídem.

²⁸ Folio 3 C. Trib. Santa Marta

²⁹ Folio 6 C. ídem.

³⁰ Folios 45 y 47 C. ídem.

³¹ Folios 119-129 C. Corte Suprema Justicia.

³² Folio 3 C. Juz. 21 Penal Cto.

octubre de 2009³³; y finalmente fue asignado a esta Sala de Decisión el 23 de ese mes³⁴.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta (*Magdalena*), profirió sentencia el 2 de octubre de 2007 mediante la cual resolvió lo siguiente:

1.1 Absolvió a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 Ley 599 de 2000)*.

1.2 Condenó al mencionado, por el punible de *peculado por apropiación a favor de terceros (artículo 397 Ley 599 de 2000)* a la pena de de ocho (8) años cuatro (4) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al pago de multa por valor de setecientos setenta y seis millones ochocientos noventa y cuatro mil cincuenta y dos pesos con cuarenta y ocho centavos (\$776.894.052,48); a indemnizar los perjuicios materiales a favor de la Universidad del Magdalena, por igual monto; y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. Frente a la conducta de *peculado por apropiación*, que se relacionaba con el pago de cesantías, intereses, indexación e indemnización moratoria a 47 docentes de la Universidad del Magdalena, el *A-quo* señaló lo siguiente:

³³ Folio 14 Idem.

³⁴ Folio 3 C. Trib. Bogotá.

- El Decreto 1444 de 1992 generó un nuevo régimen prestacional para los profesores; y mediante los decretos 55 de 1994 y 15 de 1996, se determinaron dos fechas límites para que los docentes se acogieran al novel sistema, que son 30 de abril de 1994 y 31 de julio de 1996, respectivamente.

- Las cesantías que se causaron hasta el día de manifestación de acogimiento al nuevo régimen tomaron el carácter de definitivas y, por lo tanto, surgió para el Estado la obligación de cancelarlas.

- Entonces, el pago por concepto de cesantías realizado por el Rector de la Universidad del Magdalena, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, a los 47 docentes que otorgaron poder al abogado Adalberto Carvajal Salcedo, sí tenía asidero legal.

- La indexación cancelada a los docentes también se hizo conforme a derecho, ya que al no pagárseles oportunamente las cesantías, el dinero perdió su poder adquisitivo.

- En cambio, el pago de intereses sobre aquellas cesantías se efectuó sin respaldo en la ley. Ciertamente, ni el Decreto 3118 de 1968, que regula las cesantías en el sector público, ni los decretos que permitieron al personal de la Universidad del Magdalena acogerse al régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, previeron el pago de intereses anuales sobre las cesantías, prebenda a la cuál sólo tenían derecho los trabajadores particulares.

- Por ello, los 47 docentes no tenían derecho al pago del 12% por intereses de cesantías; y menos doblados, para un total del 24%. De ese modo, el pago se hizo de manera ilegal con beneficio para los profesores y en perjuicio del patrimonio de la Universidad del Magdalena.

-. La indemnización moratoria (*salarios caídos*) también fue parcialmente ilegítima. En efecto, solamente era aplicable para los empleados públicos a partir de la vigencia de la Ley 244 de 1995. En aquel orden de ideas, no tenían ese derecho los docentes a quienes fueron liquidadas sus cesantías el 30 de abril de 1994; pero sí los que se acogieron al régimen el 31 de julio de 1996.

-. Sumando lo indebidamente pagado por intereses a las cesantías e indemnización moratoria, el valor de lo apropiado fue \$766.894.052,48 (*superior a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes*), que corresponde a la cuantía del *peculado por apropiación a favor de terceros*, por el que debe responder CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR.

-. La conducta es típica, como quiera que el procesado ostentaba calidad de servidor público en el momento de los hechos y tenía la disponibilidad de los recursos de la Universidad del Magdalena.

-. Está demostrado el dolo con el que actuó el implicado, porque la normatividad que regía la materia no admitía diversas interpretaciones.

-. El abogado asesor de la Rectoría de la Universidad del Magdalena, Edgardo José Barrios Martínez, en la declaración rendida en la Contraloría, el 17 de mayo de 2004 (*prueba trasladada*), sostuvo que advirtió a CAICEDO OMAR el alto costo de la transacción; además, señaló que en días anteriores al acuerdo definitivo, hubo una "*tentativa*" de acuerdo por una cantidad mucho menor.

-. De ahí que, el procesado tenía conciencia de su actuar ilegal, sin embargo, decidió pactar contrariando el derecho.

-. Si bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de Magdalena avaló el acuerdo conciliatorio, lo único que hizo fue constatar la capacidad de las partes y que la transacción se hubiera realizado sobre

derechos transables. Además, “*como el acuerdo favorecía a los docentes era de esperarse su aprobación.*”

3. En cuanto hace al delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el *A-quo* estimó que era necesario absolver a CAICEDO OMAR, por lo siguiente:

- La Universidad del Magdalena es un ente con autonomía administrativa y presupuestal, según la Ley 30 de 1992, “Por la cual organiza el servicio público de la educación superior, que al tiempo de los hechos regía su contratación por la normatividad expedida al interior de la misma entidad.

- El procesado cumplió los reglamentos establecidos en la Universidad del Magdalena para cada una de las etapas de contratación; y, en especial, el certificado de disponibilidad presupuestal no se contemplaba como una exigencia previa a la suscripción del contrato en el Acuerdo Superior No. 013 de 2000; al punto que tal requisito fue impuesto en el Acuerdo Superior No. 432 de 2004, normas especiales para esa institución educativa.

- Lo que sí es requisito de legalidad y obliga a las partes es el registro presupuestal.

- Tampoco es irregular que apareciera el nombre del adjudicatario en los certificados de disponibilidad presupuestal, para los contratos adelantados bajo el Acuerdo Superior No. 013 de 2000, ya que la pluralidad de invitaciones y ofertas se estatuyó con el Acuerdo 019 de 2002.

4. En punto de la punibilidad, partió de los extremos establecidos en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal para el delito de *peculado por apropiación (72-270 meses de prisión)*.

Dividido el ámbito punitivo en cuartos, se situó en el primero, que va de 72 a 121,5 meses, debido a que solamente obraban circunstancias de menor punibilidad, e impuso una pena de 100 meses de prisión.

5. No concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, por no converger los requisitos objetivos exigidos en los artículos 63 y 38 del Código Penal, respectivamente, para la viabilidad de esos beneficios.

6. Como había establecido con antelación la cuantía del *peculado* en setecientos setenta y seis millones ochocientos noventa y cuatro mil cincuenta y dos pesos con cuarenta y ocho centavos (\$776.894.052,48), en la misma cantidad determinó la pena de multa y el monto de los perjuicios a cancelar a favor de la Universidad del Magdalena.

LA IMPUGNACIÓN

Contra la decisión de primera instancia presentaron recurso de apelación: CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR (*implicado*), su defensor, el representante del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil (*Departamento del Magdalena*).

1. CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR (*implicado*)³⁵

El procesado, quien al tiempo de los hechos fue Rector de la Universidad del Magdalena, solicitó su absolución por las siguientes razones:

³⁵ Folio 102 C. 21

1.1 Antes de ordenar el pago a los 47 docentes de la Universidad, se llegó a un acuerdo conciliatorio con el apoderado de ellos, pacto que fue aprobado por el Tribunal Administrativo del Magdalena y con intervención de la Procuraduría para asuntos judiciales. Tal decisión de la autoridad judicial le generó confianza legítima para cancelar lo adeudado a los profesores.

1.2 A través de la conciliación se generó a la Universidad del Magdalena un ahorro de más de 7.300 millones de pesos y evitó condenas futuras.

1.3 Las normas aplicables a los docentes en cuanto al régimen de cesantías, no son las mismas que para los otros empleados públicos, sino las establecidas en la Ley 30 de 1992, y los decretos 1176 de 1991, 55 de 1994 y 15 de 1996.

La constitución y la ley dieron autonomía a las universidades para adoptar el régimen de cesantías previsto en la Ley 5° de 1990, en concordancia con el artículo 57 de la Constitución Política y el artículo 30 Ley 30 de 1992.

1.4 Los abogados de los 47 profesores propusieron el esquema conciliatorio, sin que en tal negociación hubieren intervenido los asesores jurídicos de la Universidad del Magdalena, doctores Edgardo Barrios, Oscar Castillo y Hernán López.

1.5 En relación con el régimen de cesantías aplicable a los docentes han surgido varias interpretaciones. De ahí que si la correcta fue la realizada por el Juez de primera instancia, entonces él -implicado- habría incurrido en un error de tipo.

1.6 Si el instructor edificó el caso sobre la base de un acuerdo criminal, en el cual, el abogado de los profesores era el determinador, al dictar preclusión a su favor, la teoría del caso pierde sentido.

1.7 Al tratarse de un peculado a favor de terceros, no sólo debió vincularse al Rector de la Universidad del Magdalena (*implicado*), sino también a los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo, los funcionarios de la Procuraduría, quienes dieron el aval a la conciliación; y a los profesores quienes resultaron favorecidos.

1.8 Frente al *peculado*, la Fiscalía de segunda instancia y el juzgado tienen dos interpretaciones disímiles. El acusador fundamenta la conducta en el pago de la sanción moratoria a la totalidad de los 47 docentes, como quiera que las cesantías no tenían el carácter de definitivas. En cambio, el *A-quo* señala que la irregularidad consistió en el pago de la sanción moratoria únicamente a seis docentes y en los intereses de cesantías a la totalidad. Es decir, sí existen varias interpretaciones.

1.9 El 14 de febrero de 2005, la Procuraduría Delegada para la descentralización archivó diligencias adelantadas en su contra por los mismos hechos, al considerar que no se causó un perjuicio económico con la conciliación entre los 47 profesores y la Universidad del Magdalena.

1.10 Muchos de los profesores que presuntamente resultaron beneficiados con la conciliación, eran contradictores suyos, como consecuencia de las decisiones que tomó frente a la reestructuración de la Universidad. De ahí que resulte paradójico que quisiera beneficiarlos.

1.11 El testimonio del abogado Edgardo Barrios no demuestra el dolo en su actuar, ya que dicho profesional estuvo presente en las

reuniones en las que se realizaron los acuerdos y por ello se entiende que aconsejó, respaldó y no objeto la transacción.

1.12 La declaración de Edgardo Barrios rendida en la Contraloría, no puede ser tenida en cuenta como prueba trasladada, pues la misma no se notificó como lo señala el artículo 176 del Código de Procedimiento Penal.

1.13 Si el juez, al negar la prueba solicitada por la defensa, consideró que el asesor y abogado Edgardo Barrios no podía testificar dentro del proceso penal, teniendo en cuenta su *derecho al secreto profesional*, entonces no era procedente que valorara su versión dentro de otro proceso.

1.14 No hay certeza sobre el daño que presuntamente se produjo, pues no se demostró que los docentes no hubieran trabajado en la Universidad del Magdalena, ni la cancelación de sumas superiores a las que la ley autoriza.

1.15 De no llegarse a un acuerdo con los docentes, la Universidad del Magdalena hubiera sido condenada al pago de sumas superiores, como ha ocurrido en ocasiones anteriores por parte de decisiones del Consejo de Estado.

Por lo antes expuesto, el implicado reitera su solicitud de absolución, *“porque los pagos prestacionales que se endilgan como típicamente antijurídicos estuvieron ajustados a las leyes laborales y administrativas vigentes para la época.”*

2. El defensor de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR³⁶

³⁶ Folio 175 C. 1

El apoderado del Rector de la Universidad del Magdalena (*implicado*) al sustentar el recurso de apelación postula una declaración de nulidad y en subsidio pide absolución, por ausencia de requisitos para condenar, con base en estos planteamientos:

2.1 Se debe decretar nulidad de lo actuado, por violación del debido proceso, respecto del principio de investigación integral.

-. El Juez negó la práctica de los testimonios de los abogados Edgardo José Barrios Martínez (*asesor jurídico de la Universidad del Magdalena*) y Adalberto Carvajal Salcedo (*apoderado de los 47 docentes*), los cuales eran importantes para el proceso, y para ello adujo el *sigilo profesional*, a pesar de que se trata de una potestad del abogado, a la cual no podía adelantarse el funcionario judicial.

-. Si para el Juez era indispensable determinar la existencia de un supuesto preacuerdo por \$2.700.000.000 –suma inferior a la que finalmente se canceló a los 47 docentes, \$3.600.000.000-, ha debido practicar las pruebas de oficio necesarias en orden a establecerlo.

-. Si el *A-quo* estructuró el dolo en el actuar de CAICEDO OMAR, sobre una hipótesis insinuada por un testigo con relación a un documento, los hechos debieron corroborarse con la práctica de más pruebas, entre ellas las declaraciones de ese testigo, que es precisamente el abogado Edgardo José Barrios Martínez; y del autor de tal documento, el abogado Adalberto Carvajal Salcedo.

2.2 La conducta atribuida como *peculado* es atípica desde el punto de vista objetivo

El juez desconoció normatividad y principios del derecho laboral tenidos en cuenta al momento efectuar la conciliación con los 47 profesores, pues de acuerdo con el régimen especial de las universidades

públicas, los docentes tenían derecho al 12% sobre las cesantías y el pago de la sanción moratoria (*Ley 50 de 1990, Ley 52 de 1975, decreto 116 de 1976, decreto 1176 de 1991, ley 30 de 1992*).

En consecuencia, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR actuó de acuerdo con lo que establece la ley; y, por lo tanto, su conducta no puede corresponder a la descripción del tipo de *peculado*.

2.3 La conducta endilgada como *peculado* es atípica en cuanto a su parte subjetiva

No se motivó en debida forma el aspecto relacionado con la imputación subjetiva. Además, como lo acepta la sentencia de primera instancia, la única prueba existente del dolo es la declaración del abogado Edgardo José Barrios, quien fue asesor de la Universidad del Magdalena. De ese modo, en la sentencia se incurrió en error al momento de demostrar el dolo.

Primero, se tergiversó el testimonio de Edgardo José Barrios, pues él no hace cuestionamientos generales a la fórmula de transacción. El *Aquo* analiza de forma descontextualizada su declaración, para terminar señalando que existió dolo.

Segundo, la declaración de Edgardo José Barrios no tiene entidad de prueba válida dentro del proceso, como quiera que fue allegada en copia simple desde el asunto disciplinario y no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 239 (*prueba trasladada*) del Código de Procedimiento Penal (*Ley 600 de 2000*).

2.4 La conducta descrita como *peculado* en contra del implicado no es antijurídica.

Como se ha insistido, antes de efectuar el pago a los 47 docentes de la Universidad del Magdalena, el Tribunal Contencioso Administrativo del mismo Departamento emitió un acto administrativo, del que se presume su legalidad, el cual avaló la conciliación.

Frente al concepto de antijuridicidad unitaria, desarrollado por ROXIN, si un comportamiento no es antijurídico en otros campos del derecho, como el administrativo o el laboral, mucho menos puede serlo en el penal. Por lo tanto, el acuerdo aprobado judicialmente no puede ser catalogado como antijurídico.

3. El apoderado de la parte civil constituida por el Departamento del Magdalena³⁷

Cuestiona la sentencia de primera instancia con la pretensión de que se modifique respecto del reconocimiento y cuantía de los perjuicios, la dosificación de la pena y la inhabilidad constitucional aplicable.

3.1 La responsabilidad del implicado y el reconocimiento y monto de los perjuicios.

-. El procesado recibió orientación directa del gobierno (ICFES) el 24 de julio de 1998, sobre la forma de liquidar cesantías a los docentes que se acogieron al régimen de la Ley 50 de 1990.

-. El Rector de la Universidad del Magdalena (*implicado*), favoreció únicamente a los profesores que apoderaba el abogado Adalberto Carvajal Salcedo; y no los docentes que otorgaron poder a otros profesionales.

-. En varios fallos del Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena se negó el pago de intereses de cesantías y la indemnización

³⁷ Folio 224 C.21

moratoria a un grupo de docentes, contrario a lo que señaló el Juez de primera instancia.

- Si el Rector (*implicado*) no hubiera conciliado, la Universidad del Magdalena habría sido absuelta del pago de la indemnización moratoria, como ocurrió en varios fallos.

- Las pretensiones iniciales del abogado apoderado de los 47 docentes (*Adalberto Carvajal Salcedo*) no eran desmesuradas, como lo afirmó CAICEDO OMAR, pues inicialmente había propuesto el monto de \$2.700.000.000; fue posterior a esta oferta que solicitó la suma “*sobrevalorada*” de \$15.000.000.000.

- El asesor jurídico de la Universidad del Magdalena Edgardo Barrios, en declaración juramentada ante la Contraloría, señaló que en una reunión efectuada el 1° de octubre de 2002, el Rector (*implicado*) acordó una suma de dinero con la que él –asesor- no estuvo de acuerdo.

- El procesado y el abogado Adalberto Carvajal Salcedo, adelantaron una serie de negociaciones paralelas a las oficiales, situación que se demuestra con unas comunicaciones de fechas 3 y 9 de octubre, así como con las contradicciones del propio CAICEDO OMAR en sus declaraciones.

- El Rector de la Universidad del Magdalena (*implicado*) depositó la confianza de la negociación en su contraparte, es decir, el abogado Adalberto Carvajal, quien finalmente realizó las liquidaciones; cuando lo correcto era que hubiera confiado plenamente en su propio asesor, Edgardo Barrios.

- El concepto de Edgardo Barrios era vinculante para el Rector, porque fue él –asesor- quien realizó el estudio de las demandas y,

además, con antelación había efectuado otras negociaciones con buenos resultados.

-. El procesado CARLOS CAICEDO OMAR debió recurrir al Comité de Conciliaciones de la Universidad del Magdalena, si no estaba conforme con la propuesta de su asesor Barrios Martínez, para que el comité determinara su viabilidad.

3.2 La dosimetría de la pena impuesta

El Juez de primer grado, para imponer la pena se movió en el cuarto mínimo, al señalar que solamente existía una circunstancia de menor punibilidad, relacionada con la carencia de antecedentes penales. Sin embargo, omitió dos circunstancias de mayor punibilidad: i) ejecutar la conducta sobre bienes destinados a la educación y ii) La posición distinguida que ocupaba el procesado en la sociedad del Departamento del Magdalena.

Así las cosas, debió ubicarse en el tercer cuarto, que reprime el peculado con prisión de 171 a 220 meses de prisión; y teniendo en cuenta la intensidad del dolo, la pena a imponer no podía partir del mínimo.

3.3 La inhabilidad constitucional aplicable

De acuerdo con el Acto Legislativo 1° de 2004, al sentenciado no se le debió inhabilitar temporalmente, sino de forma definitiva, extendiendo ello incluso a la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.

4. Procurador 162 Judicial II Penal

El delegado del Ministerio Público sustentó su recurso con la pretensión de que el Rector de la Universidad del Magdalena, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, sea absuelto. Sustenta de la siguiente manera:

4.1 El procesado no trasgredió tipo penal alguno, al pagar a los 47 docentes unas sumas acordadas, como quiera que ello tuvo aceptación previa por parte del Tribunal Administrativo del Magdalena.

4.2 El fallador de primera instancia interpretó erróneamente las normas laborales, pues si la Ley 30 de 1992, que organiza el servicio público de la educación superior, facultó a las universidades para adoptar el régimen de cesantías de los trabajadores privados (*auxilio de cesantías con sus intereses entre otros derechos*), no es correcto señalar que los docentes no tenían las mismas prerrogativas que estos.

5. Intervención de los no recurrentes

5.1 El apoderado de la parte civil constituida por el Departamento del Magdalena³⁸

El apoderado de la mencionada entidad territorial se opone a las pretensiones del defensor de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, en estos aspectos:

-. No es correcto afirmar que el único factor asumido por el *A-quo* para demostrar el dolo fue la declaración del asesor jurídico Edgardo José Barrios, pues al expediente se incorporaron documentos donde dicho abogado advertía al Rector que no estaba de acuerdo con el arreglo propuesto por el abogado de los 47 docentes; e inclusive el asesor solicitó al Rector una opinión por escrito; respuesta que nunca fue emitida y que precipitó la renuncia del Barrios, al verse "*arrinconado*" de esa manera; y,

³⁸ Folio 279 C. 21

adicionalmente, omitió acudir al Comité de Conciliación de la Universidad, que era un órgano consultivo y de estudio.

- El defensor reclama ahora nulidad porque no se decretaron unas pruebas que a él interesaban, declaración que no es viable, debido a que el anterior profesional interpuso los recursos procedentes, y luego desistió de los mismos.

- Tampoco es cierto que la imputación contra CAICEDO OMAR se haya diluido a lo largo de la actuación procesal, al punto de parecer irrelevante en el contexto de la causa. Por el contrario, la parte civil siempre ha insistido en su trascendencia.

5.2 El apoderado de la parte civil constituida por La Universidad del Magdalena³⁹

Expresa que ha efectuado las consultas debidas ante los organismos internos de la Universidad y luego de un detallado análisis de la cuestión fáctica, la sentencia de primer grado y los planteamientos de los impugnantes, concluye de la siguiente forma:

- No existió detrimento patrimonial para la Universidad del Magdalena, ni se configuró delito en la transacción por cesantías.

- Por lo anterior, se deben denegar las solicitudes de la parte civil constituida por el Departamento del Magdalena; y declarar que no existe legitimación en la causa y negar la constitución del actor popular.

- Sugiere acoger la solicitud de revocatoria, en todas sus partes, de la sentencia condenatoria proferida en primera instancia “y en

³⁹ Folio 1 C 22.

consecuencia absolver de toda responsabilidad penal al Dr. Carlos Caicedo Omar.”

CONSIDERACIONES

1. Cuestiones previas

1.1 De conformidad con el numeral 1° del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 600 de 2000*), la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia emitida el 2 de octubre de 2007, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta.

1.2 Por disposición del 204 ibídem, en tratándose del recurso de apelación, la competencia del superior funcional se limita al objeto de la impugnación y se extiende a aquellos puntos que le resulten inescindibles; quedando a salvo, claro está, cuando se trate de apelante único, la prohibición de la *reformatio in pejus*, prevista en el artículo 31 de la Constitución Política.

1.3 El implicado CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR y su defensor, pretenden se revoque la condena, bajo el argumento de que él es inocente, ya que su actuación como Rector de la Universidad del Magdalena estuvo ajustada a la Ley.

1.4. Previamente, el defensor del implicado postula una nulidad, por vulneración del debido proceso con reflejo en el derecho a la defensa.

1.5. Y el apoderado de la parte civil (*Departamento del Magdalena*), pretende se modifique la decisión de primer grado en lo relativo a la dosificación de la pena por el delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, cuantía de los perjuicios y la inhabilidad constitucional atemporal.

Se analizará inicialmente el tema de la nulidad. Luego, en cuanto a ello hubiere lugar, el estudio de las impugnaciones se abordará en conjunto en torno de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta atribuida al implicado como *peculado por apropiación a favor de terceros*, el reconocimiento y monto de los perjuicios y las sanciones impuestas al sentenciado.

Nótese que ninguno de los impugnantes incluyó en la agenda de la apelación lo relativo a la absolución por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Por ello, la Sala la competencia de la Sala no se extiende hasta ese tópico.

2. De la nulidad propuesta por el defensor de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR

En criterio del profesional del derecho que aboga por los intereses del implicado, se vulneró el principio de investigación integral y debe declararse nulidad de lo actuado, puesto que el Juez de la causa no accedió a recaudar los testimonios de los abogados Edgardo José Barrios Martínez (*asesor jurídico de la Universidad del Magdalena*) y Adalberto Carvajal Salcedo (*apoderado de los 47 docentes*), anteponiendo el secreto profesional; pruebas que eran relevantes, puesto que lo expresado por ellos en otros

escenarios fue tomado como base para concluir que CAICEDO OMAR actuó dolosamente.

En el régimen de enjuiciamiento establecido por la Ley 600 de 2000, la declaratoria de las nulidades es una medida de última opción que se rige por los principios contenidos en el artículo 310. Ente ellos, los de trascendencia, protección y convalidación.

Por el influjo del principio de *protección* se blinda la actuación cuando el sujeto procesal que reclama su invalidez ha contribuido a que la situación generadora del problema se consolide. Como ocurre en este caso, toda vez que en la audiencia preparatoria el Juez negó los testimonios de los abogados Edgardo José Barrios Martínez y Adalberto Carvajal Salcedo, que había solicitado el anterior defensor. Ante la negativa, interpuso el recurso de apelación; y, sin embargo, en la audiencia pública desistió de ese medio de impugnación. De modo que ahí surgió una especie de conformidad con lo decidido o se *convalidó* esa presunta irregularidad.

De otra parte, es claro que las versiones de dichos abogados sí fueron allegadas al expediente. La de Edgardo José Barrios Martínez (*asesor jurídico de la Universidad del Magdalena*), como prueba trasladada del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación; y la de Adalberto Carvajal Salcedo (*apoderado de los 47 docentes*) en el curso las diligencias, ya que fue coprocesado y como tal intervino en varias oportunidades y allegó documentos explicativos.

De ahí que, si la defensa estimaba que no eran suficientes las expresiones de aquellos profesionales, en punto de la *trascendencia* del motivo que erige en causal de nulidad, ha debido explicar cuáles vacíos fueron detectados, que únicamente podían suplirse con el testimonio; y la manera cómo ese nuevo aporte tendría virtualidad para incidir positivamente en la causa del implicado.

Por lo antes expuesto, no se anulará lo actuado desde la etapa probatoria del juicio, al no verificarse la incidencia de algún defecto que conspire contra la investigación integral, el debido proceso ni el derecho a la defensa.

3. El delito de peculado por apropiación

Analizado integralmente el asunto, a la luz de las pruebas recaudadas, la normatividad pertinente y la jurisprudencia relacionada con la temática propuesta, se anticipa que la sentencia de primer grado será revocada, para en su lugar absolver a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, como pasa a explicarse.

3.1. Por mandato del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 600 de 2000*), para condenar se requiere prueba legal y oportunamente producida que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado.

Tales exigencias no convergen en el presente asunto, donde las pruebas documentales y testimoniales practicadas a solicitud de los sujetos procesales, con la pretensión de respaldar sendas posturas, dejaron espacios demasiado grandes para la incertidumbre y la duda, que recaen sobre la existencia objetiva del delito de *peculado por apropiación a favor de terceros* y de la atribución a título de autor doloso a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR.

3.2 El artículo 397 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*) preceptúa lo siguiente:

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

instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión...”

Como se aprecia, este tipo penal incluye varios elementos necesarios para conformar la conducta punible: i) un sujeto activo calificado (*servidor público*); ii) que ejerza la función pública de administración, tenencia o custodia 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 que administre; iii) un acto de apropiación sobre esos bienes; y iv) la finalidad de obtener un provecho para sí o para un tercero.

Sin embargo, no todas las hipótesis del tipo deben concurrir en un mismo hecho, pues el sentido de esa definición tan amplia es abarcar distintas eventualidades delictuales que el legislador consideró merecedoras de represión penal bajo el nombre de *peculado por apropiación*.

3.3 De acuerdo con acopio probatorio, la génesis de conducta endilgada a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, mientras se desempeñaba como Rector de la Universidad del Magdalena, es la siguiente:

-. El Artículo 1º del Acuerdo Superior 008 de 1998 “*Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad del Magdalena*”, define que es una institución estatal del orden territorial que desarrolla el servicio público de la educación superior, y tiene como uno de los órganos de gobierno al Rector (art. 7-c *idem*)⁴⁰.

⁴⁰ Folios 66-89 C. 2.

-. En el artículo 22 de aquel estatuto se señala que el Rector es el representante legal y la primera Autoridad Ejecutiva de la Universidad, y será nombrado por el Consejo Superior de la misma.

Dentro de sus funciones (*artículo 25*) se destacan: “*h) Dirigir todo lo relacionado con la conservación y la administración del patrimonio económico, científico, pedagógico, cultural y artístico de la Universidad; y k) Representar judicial y extrajudicialmente a la Universidad, defender sus derechos y nombrar apoderados*”.

-. CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR fue designado como Rector de la Universidad del Magdalena, por varios periodos sucesivos, entre 2000 y 2006.⁴¹

{*El acuerdo No. 4 del 25 de agosto de 2006 del Consejo Superior de la Universidad del Magdalena, suspendió en el ejercicio de sus funciones como Rector al señor CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, con ocasión de la medida de aseguramiento a él impuesta en este proceso penal.*}⁴²

-. La Ley 50 de 1990, “*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*”, modificó el régimen de la prestación laboral denominada *cesantías*, al crear las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías, que deberían garantizar una rentabilidad mínima a los aportes; y concedió la posibilidad de que los empleados se afiliaran al nuevo régimen o continuaran en el tradicional.

-. Así, se terminó el modelo de las cesantías retroactivas y, para los trabajadores que ingresaran a futuro, se diseñó un sistema de cesantías liquidables cada año.

⁴¹ Folio 142 C 2 Instrucción.

⁴² Folios 192 y 193 C. 12.

- Al optar por el nuevo régimen, las cesantías de los empleados que venían afiliados al sistema tradicional se reputaron definitivas y surgió la obligación de pagarlas.

- La Ley 30 de 1992, "*Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior*", dispuso que el régimen salarial y prestacional de los docentes de las universidades públicas sería el establecido en la Ley 4 de 1992.

- El Decreto 1444 de 1992 (*septiembre 3*), estableció un nuevo régimen salarial para los docentes de las Universidades Públicas del orden nacional y concedió a los profesores antiguos la posibilidad de continuar en el anterior sistema o acogerse al nuevo, fijando una fecha límite para la manifestar la opción.

- El Decreto 55 de 1994 (*enero 10*), sobre salarios y prestaciones para los docentes de las universidades de los órdenes departamental, distrital y municipal, generó la posibilidad de acogerse al régimen generado por el Decreto 1444 de 1992; y señaló como plazo máximo para decidir, el 30 de abril de 1994; y estableció que las cesantías para quienes se acogieran al nuevo sistema, se pagarían a más tardar dentro de dos años.

- El Decreto 5 de 1996 (*enero 5*), también sobre régimen prestacional para docentes de las universidades estatales u oficiales, insistió en la facultad que tenían los profesores de acogerse a los nuevos regímenes prestacionales; y señaló como fecha límite para optar, el 31 de julio de 1996; y que las cesantías para quienes se vincularan al nuevo régimen se pagarían a más tardar dentro de los dos años siguientes.

- La anterior normatividad estableció que la Nación, los entes territoriales y las Universidades debían garantizar el aporte necesario para sanear el pasivo de las instituciones Universitarias.

Para el asunto que ahora interesa, la Nación contribuía con el 80%, el Departamento del Magdalena el 9.89% y la Universidad del Magdalena el 10.11% restante, destinados al saneamiento de las cesantías con corte al 30 de abril de 1994 y al 31 de diciembre de 1996.

-. Según lo explicó el implicado, la Nación hizo los aportes que le correspondían, esto es, el 80%, dinero con el que efectuaron pagos parciales.

El 20% restante, a cargo de la Universidad del Magdalena y el Departamento del Magdalena, no fue cancelado oportunamente; debido a lo cual, a partir del año 1999 varios profesores instauraron demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa, entre ellos, los 47 docentes que otorgaron poder al abogado laboralista Adalberto Carvajal Salcedo.

-. Mientras se surtía el proceso en lo contencioso administrativo, la Universidad del Magdalena, a través de su Rector, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR (*implicado*), con intervención del asesor jurídico de la misma institución, entabló diálogos con el abogado Carvajal Salcedo, con el fin de llegar a un acuerdo conciliatorio.

-. Después de algunas vicisitudes, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, en calidad de Rector de la Universidad del Magdalena, y el abogado Adalberto Carvajal Salcedo, apoderado de 47 docentes, entre activos, pensionados y retirados del mencionado plantel, suscribieron un acuerdo de pago, que se presentó en el 28 de noviembre de 2002 ante el Notario Sexto del Círculo de Bogotá y el 30 de diciembre del mismo año ante el Notario Segundo del Círculo de Santa Marta⁴³, para el reconocimiento de las respectivas firmas

-. En ese acuerdo la Universidad del Magdalena se comprometió a pagar:

⁴³ Folios 206 y 207 C. 1 y 187-197 C. 10.

i) El 20% del capital de las cesantías liquidadas al 15 de abril de 1994 y 31 de diciembre de 1996, de varios docentes pensionados y retirados.

ii) El 12% de los intereses de las cesantías sobre el 100% de las cesantías liquidadas al 15 de abril de 1994 y 31 de diciembre de 1996.

iii) El 20% de las cesantías indexadas al 30 de noviembre de 2002, el doble de lo que corresponda al 12% de los intereses por el no pago oportuno de los intereses de las cesantías como sanción moratoria, a docentes activos, pensionados y retirados.

iv) El 61.47% sobre el valor total resultante de la liquidación total de la sanción por mora establecida en el artículo 2° de la Ley 244 de 1.995.

-. En la cláusula cuarta del mencionado acuerdo se estableció que la Universidad del Magdalena efectuaría el pago, *“una vez el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo apruebe el contrato de transacción que las partes pondrán a su consideración”*.⁴⁴

-. Efectivamente así ocurrió. Con intervención de la Procuraduría, cuyo delegado no encontró irregularidad alguna, el acuerdo fue presentado de forma individual para cada uno de los docentes ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Magdalena, que lo aprobó integralmente en todos los casos; y como consecuencia de ello, en el mes de agosto de 2003⁴⁵ se dieron por terminados los procesos instaurados por los 47 docentes, que se adelantaban ante esa Corporación, por sendas demandas presentadas por el abogado Adalberto Carvajal Salcedo.

⁴⁴ Folio 190 C.10

⁴⁵ Folio 282 C. 2.; 53-92 C. 14.

-. Finalmente, mediante Resolución No. 0391 del 26 de agosto de 2003, el Rector de la Universidad del Magdalena, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, reconoció y ordenó pagar lo convenido a los 47 docentes⁴⁶; esto es:

Dos mil seiscientos veintiún millones novecientos veintitrés mil quinientos ochenta y tres pesos con treinta centavos, (\$ 2.621.923.583,30), por concepto de indemnización moratoria desde la fecha en que se causó hasta el 30 de noviembre de de 2002.

-. Al efectuarse los pagos a cada docente, desde varios frentes de la sociedad samaria se cuestionó la gestión del Rector de la Universidad del Magdalena, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR; y diversas quejas y denuncias, algunas de ellas anónimas, dieron origen a investigaciones disciplinaria, fiscal y penal.

3.4 La resolución acusatoria, integrada por lo decidido en las dos instancias de la Fiscalía General de la Nación, con relación al delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*, se fundamentó en lo siguiente:

-. CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, en calidad de Rector de la Universidad del Magdalena, asumió pagos que dispuso como resultado del acuerdo transaccional celebrado entre él mismo y el abogado Adalberto Carvajal Salcedo.

-. Al Departamento del Magdalena correspondía pagar el 9.89%, por no haber cancelado oportunamente el saldo del 20% de las cesantías a los 47 docentes.

⁴⁶ Folio 12 C. 1

- Pese a que parte de la deuda equivalente a seiscientos cincuenta y siete millones cuatrocientos dieciocho mil ciento treinta pesos con cuarenta (\$657.418.130,40), radicaba en cabeza del Departamento, el mencionado Rector de la Universidad del Magdalena accedió al pago con dinero perteneciente al patrimonio de la entidad educativa. De ahí que incurrió a favor de terceros en esa cuantía.

- No se demostró que los intereses del 12% liquidados sobre el 100% de la prestación hasta el 31 de diciembre de 1996, se hubieren cancelado a título de "*indemnización moratoria*" en cumplimiento de lo pactado en el acuerdo transaccional.

- En el presente asunto, la indemnización moratoria no tiene respaldo, ya que las cesantías parciales acumuladas de los docentes públicos territoriales fueron reconocidas y liquidadas con base en el último salario devengado bajo el régimen retroactivo al cual tenían derecho, conforme a la normatividad jurídica a que estaba sometida su prestación.

3.5 Así, se verificó que la Fiscalía se inclinó por dilucidar el asunto básicamente a través de testimonios y documentos, que interpretó según la manera en que cada delegado entendió el conflicto.

Se prescindió de la prueba pericial, que se observa aconsejable cuando se trata de averiguar si realmente existe discrepancia entre lo debido y lo pagado; y de resultar afirmativo ese interrogante, especificar el monto de la diferencia. Máxime, en tratándose del patrimonio de una entidad pública.

De ese modo, el Fiscal Doce adscrito a la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, especializado en el tema, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento y precluyó la investigación, toda vez que:

“Como puede apreciarse, la secuencia cronológica con que se llegó al acuerdo transaccional y por las gestiones para lograr, por parte de la Rectoría, un pago inferior al pretendido en la acción judicial, encuentra el despacho que ningún menoscabo patrimonial producido por conducta ilegales (sic) por parte ni del Dr. CARVAJAL ni del DR. CAICEDO hubo.

Si bien es cierto, se produjo una erogación de recursos públicos, ello se debió al cumplimiento del deber legal impuesto por las leyes laborales que regulan lo concerniente a cesantías, a sus intereses, etc., en cuya aplicación se debió basar el mismo acuerdo transaccional que por haber sido avalado, con anuencia de la Procuraduría por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, goza de la presunción de acierto y legalidad, presunción que no puede desconocerse por lo que exprese un cobarde anónimo o un infundamentado informe del DAS así a éste se le denomine informe de verificación, que de eso carece por completo.”

Con relación al “DOCUMENTO BORRADOR”, que había preparado el anterior asesor jurídico de la Universidad del Magdalena, Doctor José Barrios, y que se ha utilizado como fuente de información para endilgar el peculado a título de dolo, el Fiscal Doce expresó:

“...el documento denominado “DOCUMENTO BORRADOR” no era más que eso una hoja de trabajo que contenía una liquidación errónea a la cual no tenían por qué someterse los trabajadores, ni su representante judicial, tampoco el Rector quien ante el juramento el día de su posesión debió jurar que cumpliría y haría cumplir las leyes, entre las cuales están incluidas las laborales.

Entonces queda claro que había un error en la liquidación, pues se calculaba el 12% de los intereses cancelados, frente al 20% de las cesantías adeudadas y no al 100% como realmente es. Tanto este rubro como la sanción por no

pago estaban mal liquidados. Esto es lo que se alegó y no contra argumentó ni la Contraloría ni el DAS.”⁴⁷

3.6 Aquella postura coincide con la visión que de este asunto tiene la Procuraduría General de la Nación, en los niveles de gestión que intervinieron en el juicio.

El artículo 277 de la Constitución Política señala que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, tendrá, entre otras, las funciones de defender los intereses de la sociedad, defender los derechos colectivos, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las gestiones administrativas, e *“intervenir en los procesos penales y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, el patrimonio público, o de los derechos garantías fundamentales.”*

En desarrollo de sus tareas constitucionales y legales la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus delegados, ha intervenido en varios frentes relacionados con el presente asunto:

i) En la conciliación entre la Rectoría de la Universidad del Magdalena y los 47 docentes, ocasión en la cual el delegado no antepuso objeción alguna dentro del trámite que culminó al ser aprobado por el Tribunal Administrativo de ese Departamento.

El artículo 44 del Decreto 262 de 2000 (*febrero 12*), relativo a la estructura, organización y funciones de la Procuraduría General de la Nación, vigente al tiempo de los hechos, establece que los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos contencioso administrativos actuarán ante los tribunales y los juzgados administrativos, ante los tribunales de arbitramento, cámaras de

⁴⁷ Folio 190 cuaderno 6.

comercio y asociaciones profesionales gremiales que conozcan procesos contencioso administrativos y demás autoridades que señale la ley.

Y que en desarrollo de esas labores dichos Procuradores deben:

“2. Velar porque se haga efectiva la responsabilidad patrimonial de los servidores o ex servidores públicos y los particulares cuando se hubieren conciliado ante los tribunales, jueces administrativos y cámaras de comercio pretensiones de la misma naturaleza y de ello se deriven obligaciones patrimoniales a cargo de las entidades estatales.”

En cumplimiento del mandato legal, hubo un delegado para la conciliación entre los 47 docentes y la Universidad del Magdalena, funcionario que encontró ese pacto ajustado a derecho.

ii) Como agencia especial durante todo proceso penal adelantado contra CAICEDO OMAR (*Rector*), donde descarta la incursión en conductas punibles.

La Procuraduría Delegada Judicial Penal II, en el juicio ha mantenido constante su criterio en el sentido de que el actuar del Rector de la Universidad del Magdalena no es constitutivo de delitos y por ello, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primer grado, con el fin de que sea revocada.

iii) La Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales abrió investigación preliminar disciplinaria contra CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, entre otros, por los hechos atinentes a la controvertida conciliación.

Culminó con Auto del 14 de febrero de 2005, mediante el cual declaró terminado el procedimiento disciplinario preliminar a favor de aquél.⁴⁸

Como se observa, la conciliación y el proceso penal fueron seguidos de cerca por los delegados de la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento ex profeso de sus funciones; y en ningún caso advirtieron irregularidades.

3.7 Por supuesto, el concepto del delegado no es vinculante en materia penal, pero en un caso tan singular como el presente tiene virtualidad para generar ciertas consecuencias, como las siguientes:

i) Coloca la temática del pago de las cesantías a los 47 profesores de la Universidad del Magdalena en el terreno de lo discutible, opinable y, por ende, pasible de un acuerdo conciliatorio; con lo cual, la falta de experticias, contribuye a cimentar la ausencia de certeza para condenar.

ii) Si no fuere así, habría que convenir en que los procuradores delegados que intervinieron en la conciliación y en el proceso penal fueron inferiores al cumplimiento de sus deberes funcionales; hipótesis ésta que parecería poco probable, si se observa que ningún interesado -- que se sepa- promovió acciones penales o disciplinarias contra ellos.

iii) Las conciliaciones individuales fueron aprobadas por el Tribunal Administrativo del Magdalena y con ese aval el Rector de la Universidad (*implicado*) realizó los pagos, que luego se le atribuyeron como un delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*. De ahí que, por idénticas razones, sería necesario concluir, entonces, que las decisiones de esa Corporación son contrarias a la ley, con potencialidad para generar responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal para los funcionarios judiciales que integraron la Sala de decisión; lo que no es consecuente

⁴⁸ Folio 112 C.6

con el devenir procesal, porque no se tiene conocimiento de que los magistrados hubieren sido denunciados, ni de que se hubiese intentado alguna acción contra los autos aprobatorios. *(Sobre este último tópico se volverá más adelante).*

3.8 La manera como los procuradores delegados que actuaron en el juicio comprendieron el asunto, también compagina con el parecer final del apoderado de la parte civil constituida por la Universidad del Magdalena, quien al intervenir como no recurrente de la sentencia de primera instancia, previa consulta interna en ese establecimiento, solicita que no se tengan en cuenta los argumentos de quienes piden condena.

Vale decir, pareciera insólito, pero es la verdad, el apoderado de la Universidad del Magdalena está de acuerdo con la absolución del ex Rector, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, por inexistencia de delito.

Uno de los objetivos constitucionales del procedimiento penal consiste en la aproximación razonable a la verdad. En el esquema de la Ley 600 de 2000, ese ejercicio debe establecerse más allá de toda duda *(certeza)* sobre la existencia del delito y la responsabilidad del implicado, antes de proferir una sentencia condenatoria.

En este asunto, la entidad directamente afectada, desde todo punto de vista, es la Universidad del Magdalena. Si el apoderado de la parte civil constituida por ese establecimiento educativo asegura que ningún perjuicio le fue irrogado y que no existe delito, porque los pagos que hizo el Rector *(implicado)* con el aval del Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena sí eran debidos, entonces, acrece la incertidumbre y se esfuma la posibilidad de arribar a un grado indubitable de conocimiento.

3.9 No empece, con un entendimiento distinto, un Fiscal diferente al que definió la situación jurídica, que tampoco contó con asesoría de peritos, sí encontró méritos para proferir resolución acusatoria.

Radicado: 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado: Carlos Eduardo Caicedo Omar
Delito: Peculado

En tratándose del delito de *peculado por apropiación*, en el calificadorio de primera instancia se alude a estas sumas, de las que se afirma corresponden a pagos irregulares:

* Cesantías:	\$ 163.706.614
* Indexación de cesantías:	\$ 136.609.295
* Intereses sobre las cesantías:	\$ 178.551.112,2
* Sanción por mora de intereses de las cesantías:	\$ 178.551.112,2
* Indemnización moratoria:	Sin cuantía

En la acusación de primer grado no se define una cantidad determinada para el delito de *peculado*; no obstante, la suma de esos valores da como resultado \$ 657.418.133,4.

El nuevo delegado obtiene las anteriores cifras a partir de su razonamiento particular sobre la interpretación de las normas que regulan la materia y la aplicación de los porcentajes que debieron asumir, separadamente, la Universidad y el Departamento; y que a la postre terminó pagando la entidad educativa, para después pasar una cuenta de recobro al Departamento en la proporción correspondiente.

3.10 A su vez, en la resolución acusatoria de segunda instancia, la Fiscal 51 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, con relación al delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*, discernió así:

“En otras palabras, el comportamiento doloso fue asumido por el procesado conscientemente y deliberadamente, debiendo en consecuencia responder por el injusto típico de Peculado por Apropiación a favor de terceros que en este grado de culpabilidad se le imputa, respecto de los pagos que reconoció en el acuerdo transaccional del 30 de diciembre de 2002 y efectivamente dispuso su cancelación por concepto del doble de los intereses e

indemnización moratoria a favor de los 47 mandantes allí comprometidos...”

En concreto, para la Fiscalía de segunda instancia, las cifras y pagos sin fundamento legal en torno de las cesantías a los 47 docentes, son:

* Intereses del 12% doblados:	\$ 198.632.898,24
* Indemnización moratoria:	\$ 2.621.923.853,32
Total:	\$ 2.820.556.481,56

3.11 En la sentencia de primera instancia el *A-quo* derivó valores diferentes y por otros rubros, supuestamente pagados de manera ilegal:

* Intereses sobre cesantías:	\$198.632.898,24
* Sanción legal:	\$ 198.632.898,24
* Decreto 55 de 1994:	\$ 369.628.256,00

Se menciona el Decreto 55 de 1994, para aludir a lo pagado a cada uno de los docentes que se acogieron al régimen prestacional regulado por esa normatividad.

Luego de computar esas cifras parciales, el funcionario judicial afirmó que el valor del *peculado por apropiación a favor de terceros* es de \$ 766.894.052,48.

3.12 Nótese que las cantidades de la acusación y de la sentencia, y los rubros de una y otra, no coinciden. Para la Fiscalía de primera instancia, por ejemplo, fue ilegal el reconocimiento de indexación a las cesantías; en cambio, para el Juez, esa cancelación fue correcta.

Nuevamente, la manera como cada quien comprende el asunto, más por esfuerzo personal que por el seguimiento de un sendero probatorio

Radicado: 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado: Carlos Eduardo Caicedo Omar
Delito: Peculado

seguro, va minando la posibilidad de arribar a un conocimiento inequívoco sobre la existencia del delito (*iniciando por los extremos de la tipicidad objetiva*).y la responsabilidad del procesado.

Obsérvese esta síntesis, donde se relaciona el valor final de lo supuestamente apropiado por CAICEDO OMAR, a favor de terceros, según la manera como captó el tema cada funcionario que sucesivamente conoció el asunto:

* Fiscal Doce Especializado (1° delegado):	\$ Cero (preclusión)
* Fiscal Doce Especializado (2° delegado):	\$ 657.418.133,4.
* Fiscal de segunda instancia:	\$ 2.820.556.481,56
* Juez de primera instancia:	\$ 766.894.052,48.

Es notorio que ante la ausencia de prueba pericial, documental o testimonial con entidad suficiente, cada quien hizo su mejor esfuerzo para interpretar el conjunto de normas que reglamentan las prestaciones sociales de los docentes de la Universidad del Magdalena; y desentrañar lo realmente ocurrido, sólo que tales disímiles resultados restan solidez a los distintos análisis y los relegan al plano de lo especulativo.

La Sala concluye que la falta de precisión sobre los hechos constitutivos de peculado (*rubros*) y la enorme dificultad para fijar una cuantía de lo supuestamente apropiado a favor de terceros, es producto de la precariedad del acopio probatorio. Tal situación conspira contra el señalamiento de los componentes fáctico jurídicos, necesarios para la dialéctica entre la acusación y la defensa; e introduce tal grado de inseguridad conceptual en el expediente, que se desdibuja la posibilidad de adecuar la tipicidad objetiva del supuesto delito contra el erario.

3.13 La apropiación que tipifica el *peculado* comporta un acto mediante el cual el sujeto agente toma para sí o para terceros dinero o bienes pertenecientes a la entidad pública, en este caso.

Con relación a la conducta de peculado por *apropiación a favor de terceros*, la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Sobre esta parte del tipo, es obvio que basta el ánimo de señor y dueño materializado, con el propósito de que se obtenga provecho para el sujeto activo o para otro, aparte de que la finalidad sea sana o insana, debida o indebida. Lo relevante es, hasta aquí, que el autor se apropie, actúe como dueño, con el objetivo de favorecer.”⁴⁹

En otra oportunidad la misma Corporación señaló:

“... cuando la norma alude a la apropiación, lo que quiere significar es que el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.

Es la disposición directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite al legislador hacer uso de la partícula “se” para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de terceros”⁵⁰.

En el panorama probatorio y procesal antes descrito, no encuentra la Sala elementos que la persuadan a concluir, sin temor a equivocarse, que CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR se apropió de

⁴⁹ CSJ Penal, sentencia del 20/02/2003, rad. 15942, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁵⁰ CSJ Penal, sentencia del 08/11/2007, rad. 26450, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

algunas sumas de dinero –indeterminadas por cierto- para destinarlas a pagos sin fundamento legal, convenidos con los 47 docentes, a través de su apoderado.

El Rector CAICEDO OMAR, como representante y administrador del patrimonio de la Universidad del Magdalena, luego de llegar a un acuerdo con el apoderado judicial de los 47 docentes, destinó unos recursos de la Institución con el propósito de cumplir lo acordado.

3.14 A ese acuerdo de pago se llegó luego de varias propuestas y contra propuestas presentadas, de una parte, por el apoderado de los 47 docentes y, de otra, por el grupo asesor de la Universidad del Magdalena.

Las negociaciones tuvieron como punto de partida las pretensiones sobre cesantías, que cada uno de los docentes reclamó en su respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena.

El acuerdo final o transacción se logró tras un largo recorrido dialéctico entre las partes dentro del litigio:

- El abogado Edgardo José Barrios Martínez–asesor jurídico de la Universidad del Magdalena- en declaración rendida el 17 de mayo de 2004, dentro de la indagación preliminar 037 adelantada por la Contraloría del Departamento del Magdalena, señaló que fueron varias las conciliaciones que se realizaron entre docentes y la Institución, las cuales fueron divididas en tres grupos: i) grupo de quienes no demandaron; ii) profesores que otorgaron poder al abogado Oswaldo Gil García; y iii) los 47 docentes que confirieron poder al abogado Adalberto Carvajal Salcedo.

Explica que con este último grupo fue difícil conciliar pues *“la pretensión inicial del Dr. CARVAJAL que era una cifra astronómica, que*

estaba por fuera de cualquier consideración y posibilidad económica de la Universidad".⁵¹

- Oscar Fernando Castillo Moscarella, también asesor de la Universidad, en declaración rendida dentro de la misma averiguación en la Contraloría del Magdalena, el 26 de mayo de 2004, confirma la existencia de esos tres grupos de docentes y que el representado por el abogado Carvajal Salcedo fue el último con el que se logró conciliar y luego de varias alternativas, se llegó a un acuerdo que significó un ahorro para la Universidad del Magdalena de más de \$3.000.000.000.⁵²

- Se allegó un documento suscrito por Adalberto Carvajal Salcedo, el 5 de noviembre de 2002, donde describe la pluralidad de pasos que se dieron antes de llegar al acuerdo final.⁵³

- Por último, en su indagatoria CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, rendida el 3 de febrero de 2005, explicó que los 47 docentes apoderados por el abogado Adalberto Carvajal Salcedo, en un principio solicitaban más de \$20.000.000.000; no obstante, se lograron acercamientos hasta que cristalizó el acuerdo por una suma muy inferior.⁵⁴

3.15 A lo largo de la actuación penal, pese a la insistencia de la defensa y el Ministerio Público, se ha concedido poca importancia al hecho cierto de que el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena aprobó las conciliaciones de los 47 docentes que confirieron poder al abogado Adalberto Carvajal Salcedo. Sin embargo, tal determinación reviste mayor trascendencia de cara a dilucidar la presunta responsabilidad penal de CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR.

⁵¹ Folios 48-57 C. 1.

⁵² Folios 84-91 C.1.

⁵³ Folios 79-83 C. 1.

⁵⁴ Folios 108-138 C. 5.

-. La Ley 640 de 2001 (enero 5), “por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 23 señala:

“Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción.”

Como se recuerda, en el presente caso intervino la Procuraduría Judicial 40 Para Asuntos Administrativos, en el sentido de dar vía libre a los arreglos extrajudiciales con los 47 docentes.⁵⁵

-. A su vez, el artículo 24 ibídem, que reglamenta la aprobación judicial de las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo, estipula:

“Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.”

-. El artículo 340 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1999), concerniente a este tema e invocado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, en lo que ahora atañe, señala que:

“El juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las

⁵⁵ Folio 127 C. 6.

partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme”

Quiere ello decir que antes de aprobar la transacción, el funcionario judicial tiene el deber de verificar que el arreglo se ajusta a derecho.

3.16 A la sazón, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en auto del 28 de septiembre de 2006 (radicación 25000-23-25-000-2000-00910-01 (27884); M.P. Dra. Luz Stella Correa Palacio), con relación a la naturaleza, requisitos, alcances y consecuencias de la conciliación, expresó:

“De conformidad con el art. 70 de la ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado⁵⁶, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Conforme a la norma vigente, el juez para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (art. 61 ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 ley 446 de 1998).*
- 2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 ley 23 de 1991 y 70 ley 446 de 1998).*

⁵⁶ Establece el parágrafo 3º del art. 1º de la ley 640 de 2001 que “en materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación.”

3. *Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.*

4. *Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998).*

(...)

No debe perderse de vista que, por definición, el juez administrativo ha sido desde siempre el guardián de la legalidad administrativa⁵⁷ y el control asignado a la jurisdicción contencioso administrativa en materia de conciliaciones no podía ser la excepción.⁵⁸ En efecto, la justicia administrativa desde sus orígenes fue concebida como el medio más idóneo de fiscalización a la administración, en orden a garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general, como que el ejercicio de la función administrativa, como observa Laubadère, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, este principio significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las

⁵⁷ Dentro de las razones que determinan el surgimiento de la justicia administrativa ocupa el primer lugar el principio de legalidad, como enseña el profesor Eduardo García de Enterría en su célebre opúsculo "La lucha contra las inmunidades del poder", Cuadernos Civitas, Madrid, Tercera Edición, 1983, p. 14 y ss. En términos similares Bodenheimer observa que "[d]ebe definirse el derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas" (BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho, México, 1964, p. 116). Sobre las dificultades que entraña esta fórmula clásica, vid. Rivero, Jean. El juez administrativo: ¿Guardián de la legalidad administrativa o guardián administrativo de la legalidad? en Páginas de Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Ed. Temis, Bogotá, 2002, p. 153 y ss.

⁵⁸ En la exposición de motivos al proyecto de ley 127/90 Cámara "por la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales" (ley 23 de 1991) el gobierno señaló: "5. Conciliación en el campo contencioso-administrativo...La conciliación se realizará bajo la responsabilidad del Fiscal de la Corporación, y bajo el control posterior de la Sala del Tribunal o del Consejo que corresponda, para garantizar a plenitud los derechos del Estado." (SENADO DE LA REPÚBLICA, Historia de las leyes, Legislatura 1991-1992 Tomo III, Pág. 88 y 89, subrayas no originales). Tan importante se consideró el control de legalidad posterior que luego en la ponencia para primer debate al citado proyecto el Representante a la Cámara Héctor Eíí Rojas indicó: "...El pliego de modificaciones incluye mecanismos de control jurisdiccional sobre la conciliación prejudicial para, en todo caso, tener la seguridad de que los intereses del Estado no resulten lesionados o traicionados en dicho trámite" (Historia de las leyes...Op. Cit. p. 97).

*autoridades administrativas: en primer lugar, las decisiones administrativas individuales y los contratos, por las cuales este principio significa que toda medida particular debe estar conforme a las reglas preestablecidas*⁵⁹.

La revisión de legalidad cobra particular importancia en la homologación del acuerdo conciliatorio a que llega el Estado sin que este control en modo alguno suponga por parte de esta instancia un prejuzamiento, debido a que no se anticipa concepto alguno sobre la legalidad de la actuación de la administración sino que dicha tarea se restringe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico, situación que no se presenta en el subexámene, dado que no se cuenta con las pruebas suficientes para concluir que se ajusta a la ley y no lesiona el patrimonio público.”

Como se aprecia, una de las condiciones que verifica la jurisdicción contencioso administrativa antes de aprobar un acuerdo conciliatorio, consiste en que dicho pacto “*cuenta con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998)*”.

En el caso que se examina, el Tribunal Administrativo del Magdalena aprobó los acuerdos conciliatorios entre los 47 docentes y la Universidad del Magdalena, representada por su Rector, CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR.

Significa lo anterior que antes de impartir las aprobaciones, dicha Corporación judicial debió hacer estas constataciones: que no hubiere operado el fenómeno de la caducidad, que el acuerdo conciliatorio versara sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes, lo atinente a la correcta representación y a la capacidad para conciliar; y

⁵⁹ DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean-Claude et GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, tome I, 12^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1992, p. 527.

Radicado: 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado: Carlos Eduardo Caicedo Omar
Delito: Peculado

que los acuerdos conciliatorios contaban con las pruebas necesarias, no eran violatorios de la ley o no resultaban lesivos para el patrimonio público.

En ese orden de ideas, con los acuerdos conciliatorios aprobados para cada uno de los 47 docentes, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, el posterior pago que el Rector de la Universidad (*implicado*) hizo efectivo, muy difícilmente podría reputarse a título de *peculado por apropiación a favor de terceros*, cometido de manera dolosa.

3.17 Pensar lo contrario supondría dar por demostrado, sin estarlo, que los magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena incurrieron en un eventual delito, o se equivocaron o fueron engañados, abanico de hipótesis de ninguna manera contempladas en la investigación.

Entre tanto, el auto aprobatorio de la conciliación no admite siquiera el grado jurisdiccional de consulta, hace tránsito a cosa juzgada y no es que se presuma su legalidad y acierto, sino que en sí mismo comporta la declaración inamovible de legalidad del pacto avalado; salvo que en su contra prospere una acción pública -en caso de que hubiere alguna procedente- de cuyo intento o promoción, a raíz de los hechos investigados, no se tiene noticia.

En el anterior sentido, razón asiste al defensor de CAICEDO OMAR, cuando al invocar la teoría de la antijuridicidad unitaria, reclama por el hecho de que el Juez penal de primera instancia ignoró la fuerza vinculante de la aprobación que impartió el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena; y porque, en lugar de acoger sus efectos, el *A-quo* calificó de ilegales algunos ítems de la conciliación (*ya avalada en su totalidad por la Corporación competente*); y por supuesto también tildó de

injurídicos los pagos correspondientes, para elevarlos a la categoría de *peculado por apropiación a favor de terceros*.

De ahí que, en criterio de la Sala, el Juez de primera instancia desconoció la esencia jurídica de la conciliación aprobada por la autoridad judicial competente, cuando afirma en la sentencia apelada que al avalar lo pactado, el Tribunal Contencioso Administrativo de Magdalena lo único que hizo fue constatar la capacidad de las partes y que la transacción se hubiera realizado sobre derechos disponibles.

3.18 En ese orden, el Juez de primer grado ha debido ofrecer argumentos bien fundamentados para apartarse de la conciliación aprobada por la jurisdicción contencioso administrativa, cuando afirmó en la sentencia impugnada que el pago de intereses sobre las cesantías se efectuó sin respaldo en la ley, porque ni el Decreto 3118 de 1968 ni los decretos que permitieron al personal de la Universidad del Magdalena acogerse al régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990, previeron el pago de intereses anuales sobre dicha prestación.

La misma glosa cabe sobre la afirmación contenida en la sentencia, según la cual los 47 docentes no tenían derecho al pago del 12% intereses de cesantías; y menos doblados; y que, por ello, el pago se hizo de manera ilegal con beneficio para los profesores y en perjuicio del patrimonio de la Universidad del Magdalena.

-. Y el mismo defecto se predica de la opinión del *A-quo* en el sentido que la indemnización moratoria sólo era aplicable para los empleados públicos a partir de la vigencia de la Ley 244 de 1995, y que, por ende, no tenían ese derecho los docentes a los que les fueron liquidadas sus cesantías el 30 de abril de 1994; pero sí quienes se acogieron al régimen el 31 de julio de 1996.

Radicado: 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado: Carlos Eduardo Caicedo Omar
Delito: Peculado

Precisamente, las discusiones en torno de la hermenéutica de toda la legislación aplicable a los docentes de la Universidad del Magdalena, sus alcances y limitaciones era objeto de demandas en la jurisdicción contencioso administrativa, escenario natural para dilucidar esa temática; controversias que culminaron con la conciliación aprobada a los 47 profesores por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

- Carece de fundamento, entonces, el aserto del Juez de primer grado, consistente en que está demostrado el dolo con el que actuó el implicado, porque la normatividad que regía la materia no admitía diversas interpretaciones; la realidad y la actuación procesal demuestran lo contrario.

3.19 En aquel estado de cosas, tampoco se puede inferir, siquiera con mediana seguridad, que CARLOS EDUADRDO CAICEDO OMAR, en su calidad de Rector de la Universidad del Magdalena, actuó dolosamente, porque tenía conciencia de su actuar ilegal.

Es cierto que el pacto de los 47 docentes no fue sometido por el Rector, a conocimiento del Comité de Conciliación estatuido por el Decreto 1214 de 2000, que debió funcionar en la Universidad del Magdalena, por ser un establecimiento público del orden departamental.

Si se quisiese derivar de esa omisión un indicio, éste no sería unívoco ni necesario, sino contingente, puesto que ese órgano consultivo en modo alguno podía suplir el control judicial de la conciliación a cargo del Tribunal Contencioso Administrativo; y sería ingenuo pensar en eludir el Comité de Conciliación, para ocultar un delito, cuando el mismo pacto tenía que ser puesto a consideración de la mencionada Corporación judicial, como ocurrió.

El pretendido dolo tampoco puede deducirse por el hecho de que en las transacciones con otros 45 docentes, que otorgaron poder al abogado

Oswaldo Gil García, el Rector (*implicado*) reconoció pagos en porcentajes y cuantías inferiores por los mismos conceptos.

Se ignora si este grupo de acuerdos (*los 45 de otros profesores*) pasaron previamente por el Comité de Conciliación, de suerte que no se cuenta con ese elemento imprescindible para hacer correctamente la comparación; y además, el hecho de que el abogado Gil García hubiese transigido por cantidades menores, no torna necesariamente delictivos los pactos con el abogado Adalberto Carvajal Salcedo (*apoderado de los 47 docentes*), toda vez que en ese tipo de negociaciones entran en juego pluralidad de factores, tales como el conocimiento de la materia específica, el prestigio de los profesionales, la habilidad persuasiva de cada quien y la postura de los trabajadores, que en últimas señala hasta dónde estarían dispuestos a ceder, en lugar de continuar con las demandas.

3.20 A manera de corolario, el expediente no fue nutrido con pruebas que evidencien en grado de certeza que CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, mientras era Rector de la Universidad del Magdalena, se hubiera apropiado de alguna suma de dinero público para beneficiar a los 47 profesores que confirieron poder al abogado Adalberto Carvajal Salcedo.

En sentido contrario, los medios probatorios recaudados también conducen a colegir que el Rector (*implicado*), en su función de administrador de recursos públicos, pactó un acuerdo transaccional, lo sometió a estudio de la Corporación judicial competente y, una vez avalado, pagó lo convenido a los 47 docentes, con el propósito de terminar anticipadamente igual número de procesos administrativos que ya estaban en curso.

Nada indica que el Rector (*implicado*) buscaba lucrar a los 47 docentes ni a su apoderado, con la correlativa exacción del patrimonio

público; sino, cancelar a ellos parte de las pretensiones que estaban reclamando ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Justamente en virtud de su relación laboral con la Universidad del Magdalena y la existencia de las deudas, el Tribunal Contencioso Administrativo de ese Departamento, ya había aceptado las demandas por ellos presentadas; las cuales pretendían el pago de las cesantías pendientes de cancelar, con todas las indexaciones, intereses y sanciones moratorias a que hubiere lugar, como sin discusión en contrario lo admitieron los dos asesores jurídicos de aquella entidad educativa, en sus declaraciones (*Edgardo José Barrios*⁶⁰ y *Oscar Fernando Castillo Moscarella*⁶¹); y fue precisamente la conciliación el hito que dio lugar a la terminación anticipada de los procesos contenciosos administrativos.

Pasivos laborales que no solamente afectaron a los 47 docentes, sino pluralidad de empleados más, como lo explica Castillo Moscarella en su declaración, al advertir que el Consejo Superior de la Universidad otorgó facultades al Rector *“para reorientar los recursos, reorganizar administrativamente el ente, a partir de ese momento se dio inicio al proceso de refundación de la Universidad del Magdalena, el cual venía afrontando una aguda crisis en lo económico, administrativo, académico y de ingobernabilidad...”*.

Ahora bien, establecer los conceptos y sumas de dinero exactas adeudadas por la Universidad a cada docente, exige una serie de análisis sobre las situaciones administrativas singulares, cuyo ejercicio no encuentra escenario correcto en el proceso penal, como al parecer lo entendieron la Fiscalía y el *A-quo*; máxime que está de por medio la hermenéutica de una serie de preceptos normativos que conllevan discusiones y argumentos de variada índole, cuyo verdadero sentido

⁶⁰ Folios 45-47 C. 1.

⁶¹ Folios 84-91 C.1.

correspondía dilucidar a la misma administración o acaso a la jurisdicción contencioso administrativa.

3.21 En síntesis, el conjunto probatorio no alcanzó entidad que permita concluir, en grado de certeza, que CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, incurrió en el delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*, mientras se desempeñó como Rector de la Universidad del Magdalena, porque se apropió de recursos públicos pertenecientes a esa entidad, para beneficiar a 47 docentes que reclamaban el pago de las cesantías a ellos adeudadas.

Las conjeturas, suposiciones, pálpitos o corazonadas no equivalen a los indicios, ni pueden reemplazarlos. Aquellas parten de sentimientos, preferencias o percepciones a priori del observador; éstos son un proceso inteligente por el cual, a partir de un hecho conocido a través de la prueba, con el tamiz de la sana crítica, se infiere o deduce racionalmente otro hecho, hasta entonces desconocido.

Todo ese ejercicio intelectual de la construcción indiciaria debe plasmarse en la sentencia. De lo contrario, el deber de fundamentación se incumple y pueden resultar afectados los derechos de los sujetos procesales.

Las consideraciones precedentes son suficientes para revocar la sentencia de primera instancia, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3.22 La Sala de Casación Penal, en Sentencia del 30 de enero de 2008 (*radicación 22893, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán*), acotó:

“En efecto, la tradición jurídica impone al juzgador el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal. Pero el

mandato es condicionado, toda vez que ello debe hacerse siempre y cuando la incertidumbre es insalvable, esto es que no haya modo de eliminarla.”

Tal parámetro jurisprudencial contempla la posibilidad de absolver al implicado, por declaración de inocencia, únicamente bajo el supuesto de que en el proceso las pruebas así lo indiquen; y reserva la aplicación del *principio in dubio pro reo*, para los eventos donde existió una investigación normal y, a pesar de ello, el caudal probatorio genera un estado de incertidumbre en el fallador acerca de la inocencia o la responsabilidad penal del acusado.

La segunda de esas hipótesis es la que se verifica en el presente asunto, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absolverá a CARLOS EDUARDO CAICEO OMAR; se insiste, no porque la Corporación se haya formado una idea compatible con la declaración de inocencia, sino porque no tiene elementos de juicio que le permitan arribar a la convicción, en grado de certeza, de que él es responsable del *peculado por apropiación a favor de terceros* por el que fue acusado.

3.23 De otra parte, en acatamiento de lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 365 y en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 600 de 2000*), se concederá libertad provisional bajo caución, a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, quien fue afectado con medida de aseguramiento consiste en detención preventiva sin excarcelación, con independencia de que actualmente dicha medida de encuentre suspendida por estado grave por enfermedad.⁶²

Lo anterior, salvo que fuere requerido por otra autoridad judicial, caso en el cual será dejado a disposición de la misma.

⁶² Folio 5 C. 13

Se fija como monto de la caución prendaria el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que CAICEDO OMAR deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, o de la entidad financiera que correspondiere, a nombre del Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Bogotá D.C. (*Ley 600 de 2000*). Además, deberá suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 368 *ibídem*.

Una vez ejecutoriado este fallo, la libertad concedida tendrá el carácter de definitiva e incondicional.

La Secretaría comunicará lo decidido en esta sentencia al Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC.

En firme la sentencia de segunda instancia, el Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Bogotá D.C., deberá cancelar todo requerimiento y pendiente que CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR tenga por razón exclusiva de este proceso penal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Revocar la sentencia del dos (2) de octubre de dos mil siete (2007), proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta y, en consecuencia, absolver a CARLOS EDUARDO CAICEDO

Radicado: 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado: Carlos Eduardo Caicedo Omar
Delito: Peculado

OMAR, identificado con cédula de ciudadanía número 85.448.338 expedida en Santa Marta, de los cargos que por el delito de *peculado por apropiación a favor de terceros* le formuló la Fiscalía General de la Nación, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

2. Conceder libertad provisional, bajo caución prendaria, a CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR, quien fue afectado con medida de aseguramiento consiste en detención preventiva sin excarcelación, con independencia de que actualmente dicha medida de encuentre suspendida por estado grave por enfermedad.

Lo anterior, salvo que sea requerido por otra autoridad judicial, caso en el cual será dejado a disposición de la misma.

3. Fijar como caución prendaria el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que CAICEDO OMAR deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, o de la entidad financiera que correspondiere, a nombre del Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Bogotá D.C. (*Ley 600 de 2000*). Además, deberá suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 368 *ibídem*.

La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá comunicará lo decidido en esta sentencia al Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC.

4. En firme la presente decisión, el Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Bogotá D.C., cancelará todo requerimiento y pendiente que CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR tenga por razón exclusiva de este proceso penal.

Radicado: 11001-3104021-2009-00369-01 (543)
Procesado: Carlos Eduardo Caicedo Omar
Delito: Peculado

5. Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación, en la forma y términos contenidos en los artículos 205 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (*Ley 600 de 2000*).

Cópiese y cúmplase.



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado



LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS

Magistrado



LEONEL ROGELES MORENO

Magistrado