



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP157-2024

Radicación 61539

Aprobado mediante Acta No. 013

Bogotá, D.C, siete (07) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la impugnación especial presentada por la defensa de **César Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza** contra la sentencia de segunda instancia proferida el 31 de enero de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que los condenó por primera vez como coautores del delito de *prevaricato por acción*.

1. HECHOS

El 8 de marzo de 2012 **Cesar Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**, en su condición de

concejales del Distrito de Cartagena, designados además como Presidente Ad-hoc y Segundo Vicepresidente, respectivamente, suscribieron treinta y cinco (35) resoluciones, en las que, sin contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, reconocieron a favor de concejales y exconcejales de esa Corporación, el derecho a la reliquidación de los honorarios derivados de su participación en las sesiones llevadas a cabo en el período comprendido entre el 2001 y 2009, cuyo gasto ascendió a la suma aproximada de siete mil doscientos millones de pesos (\$7.200.000.000.00).

Consecuencialmente, ordenaron el pago de los porcentajes avalados a cada uno de los beneficiarios, con cargo a la vigencia fiscal de 2012, a pesar de que esta, de acuerdo con las apropiaciones fijadas en su presupuesto, no incluía la partida que respaldara su cumplimiento.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

1. En razón del precitado acontecer fáctico, el 10 de abril de 2014, ante el Juzgado Doce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartagena, se realizó la audiencia preliminar de formulación de imputación en contra de **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza Quessep**, como presuntos coautores del delito de

prevaricato por acción contenido en el artículo 413 del Estatuto Penal¹.

2. Radicado el escrito de acusación el 22 de mayo de 2014, la correspondiente audiencia se realizó el 18 de julio de ese año². Luego, los días, 9 de junio de 2015, 18 de enero y 18 de noviembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia preparatoria³.

3. El juicio oral fue celebrado en sesiones del 30 de mayo de 2017⁴, 17 de julio⁵, 23 de noviembre de 2018⁶ y 24 de abril de 2019⁷. Finalmente, el 20 de julio de 2020 se clausuró el debate probatorio. Luego, el 28 de abril de 2021⁸ el juzgado emitió sentencia absolutoria respecto de los procesados **César Augusto Piñón González y Américo Elías Mendoza**.

4. Recurrída tal determinación por parte de la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la revocó, mediante sentencia del 31 de enero de 2022⁹ para, en su lugar, condenar a **César**

¹ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, cuaderno No. 1 - Inicio, archivo pdf 2020_09_11_19_46_55, fl. 26.

² Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, cuaderno No. 1 - Inicio, archivo pdf 2020_09_11_19_52_49, fls. 32 - 42.

³ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, cuaderno No. 1 - Inicio, archivo pdf 2020_09_11_19_57_45, fls. 1 y 2.

⁴ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, cuaderno No. 2, archivo pdf 2020_09_11_13_11_52, fls. 1-6.

⁵ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, cuaderno No. 2, archivo pdf 2020_09_11_16_19_02, gls. 73 y 74.

⁶ Ibid. fls. 80 y 81.

⁷ Ibid. f. 86.

⁸ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta 28 de abril 2021 sentencia, archivo pdf sentencia absolutoria prevaricato por acción cesar pion y américo Mendoza- 28 abril-2021.

⁹ Carpeta 03. Actuaciones del Tribunal, archivo pdf 10. apelación de sentencia américo elías mendoza y cesar augusto pion gonzalez (prevaricato por acción).

Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza como *coautores* responsables del delito de *prevaricato por acción*, imponiéndoles la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa equivalente a sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de ochenta (80) meses.

A su vez, les concedió la prisión domiciliaria, de tal manera ordenó que cada uno suscribiera el acta de compromiso y prestara caución prendaria de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en favor del Centro de Servicios Judiciales de Cartagena.

5. Frente a tal determinación la defensa de los procesados, al tratarse de la primera condena, presentó y sustentó la impugnación especial.

3. DE LAS SENTENCIAS

De primera instancia

El *a quo* emitió decisión de absolución en favor de **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza** por los siguientes motivos. Explicó, en principio, que no podía deducir la existencia del delito de prevaricato por acción, ya que para expedir las treinta y cinco (35) resoluciones emitidas el 8 de marzo de 2012, en las cuales se resolvió el reconocimiento de los reajustes solicitados por los concejales

y exconcejales, no era necesario el certificado de disponibilidad presupuestal.

Además, consideró que el 4 de junio de 2012, los procesados profirieron unas resoluciones de corrección, lo que implicaba un “desistimiento inocuo del prevaricato”, pues en ellas la orden de pago quedó condicionada al trámite administrativo de ley, por consiguiente, los actos administrativos iniciales no podían estimarse manifiestamente contrarias a la ley.

Adicionó que la orden de pago de las reliquidaciones no puede valorarse opuesta a la ley, por el hecho de haberse dispuesto su cumplimiento con cargo a la vigencia fiscal de 2012, pues aquella no se materializó, pero porque fue la Alcaldía quien desatendió los trámites de rigor para lograr la asignación de los rubros con los cuales cubrir la obligación.

Concluyó que no podía pregonarse irregularidad alguna en las citadas resoluciones, a partir de la valoración de la prueba testimonial, pues el referido certificado de disponibilidad presupuestal no era necesario para el reconocimiento de tales acreencias, máxime cuando es la administración distrital o alcaldía, la que debe acreditar la existencia de los recursos y, conforme a ello, definir cuándo realizará el pago.

Adujo también que no podía concluirse el ingrediente subjetivo, esto es, la intención dolosa de desconocer la ley,

pues los procesados acudieron a la asesoría de los expertos, quienes conceptuaron sobre la legalidad y viabilidad del reconocimiento de los reajustes solicitados por los cabildantes, de manera que emitieron una decisión justa y ceñida a derecho.

Expresó, entonces, el juez de primer grado que no fue derrumbado con las pruebas traídas a juicio el principio de presunción de inocencia que le asiste a los enjuiciados y, por ende, se imponía su absolución.

De la segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena revocó el fallo absolutorio emitido en favor de **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza Quessep** para, en su lugar, condenarlos como coautores del delito de *prevaricato por acción*. Indicó para ese efecto que, contrario a lo señalado por el juez de instancia, el examen del material probatorio conduce a la demostración de la citada conducta, así como del dolo con el que estos actuaron en detrimento de la administración pública.

Ello, luego de considerar que la Fiscalía acreditó de manera suficiente que el 8 de marzo de 2012, los nombrados expedieron 35 resoluciones administrativas, en las cuales reconocieron el reajuste de honorarios solicitado por los concejales y exconcejales de la Corporación Distrital de Cartagena, aunado a que, ordenaron pagar esos rubros con

cargo a la vigencia fiscal de 2012, sin que para el efecto, contaran previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, contrariando de tal forma el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, esto es, el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Advirtió que dicha exigencia resultaba imprescindible, dada la literalidad de la citada disposición, en cuanto prevé que todo acto administrativo que afecte el presupuesto: *i)* debe contar con la acreditación de la disponibilidad de los recursos con los cuales se respalde la obligación a crear y *ii)* no puede comprometer las apropiaciones previamente autorizadas, a las cuales quedaría condicionado el gasto.

Explicó el *ad quem* que los procesados no podían sustraerse del cumplimiento de dichos requerimientos normativos, máxime cuando actuar de tal forma, desconoce abiertamente el principio de legalidad del gasto público, contenido en el artículo 345 de la Constitución Política, al igual que los de racionalidad, eficacia y responsabilidad, inherentes a la función pública, toda vez que, la administración debe acatar las normas presupuestales, tanto constitucionales como legales.

Precisó, además, que la actuación desplegada por los acusados al expedir los 35 actos administrativos es expresamente opuesta a la ley, en atención a que omitieron acreditar previamente la disponibilidad presupuestal con la cual cancelarían los montos reconocidos. Irregular proceder

que se ratificó con las comunicaciones enviadas por **César Augusto Pión González**, en su condición de presidente del Concejo, a la Alcaldía Distrital de Cartagena, el 12 de marzo y 14 de mayo de 2012, en las que se solicitaron realizar el “*pago inmediato*” de dichos rubros.

Afirmó el *ad quem*, que la conducta delictiva se corroboró, además, con la respuesta emanada de la Dirección Financiera del Presupuesto Distrital de Cartagena, del 16 de agosto de 2012, en la cual advirtió que en el presupuesto aprobado para la vigencia fiscal de esa anualidad, mediante Decreto No. 1650 de 28 de diciembre de 2011, no había partida destinada a cancelar el reconocido reajuste de los honorarios a los cabildantes, sumado a que tampoco se adelantó trámite alguno para obtener la aprobación previa de los recursos que lo respaldara.

De otra parte, descartó el Tribunal que los procesados hubiesen reconocido acreencias laborales a los concejales, como lo adujo la defensa, siendo lo concedido honorarios, en especial cuando aquel tema tiene una regulación especial. Asimismo, destacó que, en todo caso, fueron advertidos por los asesores que el pago de los honorarios solo procedía de ser posible su financiamiento.

Resaltó el Cuerpo Colegiado que dicho obrar irregular en modo alguno se desvirtúa por el hecho de que **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza** hayan emitido 35 nuevos actos administrativos, fechados 4 de junio

de 2012, modificando el numeral 3° de las resoluciones que datan del 8 de marzo de ese año, en el sentido de aclarar que era necesario cumplir lo ordenado en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, y que el pago del reajuste de los honorarios reconocidos a los cabildantes estaría sujeto “*al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Estatuto de Presupuesto.*”, en particular porque el ajuste incluido en esos actos administrativos posteriores se adoptó sin mediar solicitud.

Esa modificación, indicó el *ad quem*, más allá de corregir la ilegalidad, confirmó que los procesados tenían pleno conocimiento de la exigencia contenida en el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto y, por ende, de su forzosa aplicación en los 35 actos administrativos expedidos el 8 de marzo, solo que, caprichosamente, la pasaron por alto con la finalidad de que los pagos se hicieran con prontitud.

Agregó que no puede estimarse que las resoluciones del 4 de junio de 2012 constituyan el reconocimiento por parte de la administración de un simple error en el que se habría incurrido, ya que, en tal caso, la legítima salida hubiese sido acudir a la revocatoria directa de las referidas decisiones, por lo menos del numeral en el que se ordenó el pago con cargo a la vigencia fiscal de 2012.

Adujó además que los acusados, dada su condición de servidores públicos, su experiencia en la labor y la asesoría profesional correspondiente, tenían información suficiente

sobre la claridad de la disposición normativa marco de su decisión, no obstante, sin justificación se apartaron de su literalidad; adicional a que realizaron ingentes esfuerzos para que la Alcaldía y la Tesorería Distrital procediera al pago inmediato de la reliquidación reconocida.

En consecuencia, concluyó el Tribunal que, se cumple con el estándar probatorio del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, por ende, resolvió condenarlos como coautores del delito de *prevaricato por acción*.

4.- IMPUGNACIÓN ESPECIAL

4.1. Los recurrentes

4.1.1. La defensa de César Augusto Pión González.

Expresa su inconformidad con la decisión de segunda instancia, la cual solicita sea revocada. Sostiene que, contrario a lo concluido por el Tribunal, no puede afirmarse que su procurado desconoció el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, luego de reconocer las reliquidaciones solicitadas por los cabildantes.

Expone que, en “estricto sentido” dicha norma no es aplicable al asunto analizado en los referidos actos administrativos ni necesario para la reliquidación de honorarios, dado que el pago está cargo de la Alcaldía, siendo entonces esta la que debía contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal, situación a partir de la cual

afirma que los procesados no estaban obligados a gestionar u obtener los certificados en cuestión, antes de acceder a la reclamación. Aspecto destacado por los testigos Alberto Enrique Arias, Felipe Santos Diaz y Pastor Alonso Jaramillo, pero omitido por el *ad quem*.

Aduce que **Pión González** no quiso contrariar la ley, pues los actos administrativos comprenden el análisis de la solicitud, el estudio de sus soportes y los fundamentos legales tenidos en cuenta para definir las reclamaciones. Por consiguiente, no puede descartarse el que hubiese incurrido en un error, pues profirió las resoluciones bajo la convicción de estar haciendo lo correcto, conforme le fue indicado en los conceptos de los expertos consultados.

Tras referirse al dolo, afirma que el Tribunal, erróneamente, lo dedujo de la emisión de las resoluciones de corrección, esto es, de las expedidas el 4 de junio de 2012, al argumentar que estas demostraban el conocimiento y la voluntad de delinquir por parte de los procesados, cuando, por el contrario, con tales decisiones, se precisó que el pago quedaría condicionado, no a la vigencia del 2012, sino al cumplimiento de los requisitos presupuestales señalados en la ley, sin que esto genere reproche, pues como funcionario podía corregir sus propias decisiones.

Considera ilógico deducir del desempeño de **Pión González** en la administración pública su conocimiento pleno de la densa normativa que regulan los asuntos de tal especie, así como su infalibilidad para incurrir en errores

respecto de estos temas. Frente a tales tópicos, expresa el impugnante que ni el tiempo en el cargo, -el cual era de tan solo dos meses-, ni sus conocimientos, -pues su profesión es la de bacteriólogo-, podían asegurar decisiones absolutamente acertadas, menos al tratarse de cuestiones complejas.

En sentir del apelante, tampoco surge atinado el razonamiento de la segunda instancia relacionado con la vulneración al bien jurídico, porque si bien en tales actos administrativos se dispuso el pago con cargo a la vigencia presupuestal de 2012, dichas órdenes, no implicaban omitir los respectivos trámites para que los dineros se cancelaran de forma inmediata, al punto que no se causó detrimento en el erario, pues ningún reajuste fue cancelado.

Bajo esa línea de argumentación, afirma el impugnante que solo se estaría ante una conducta de relativa significancia, en virtud de la cual resulta viable considerar la aplicación del derecho penal como *última ratio*, tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha venido analizando frente a algunos delitos respecto de los que, en la actualidad, avala la adopción de mecanismos alternativos que también cumplen las funciones de la pena y que, estima, pueden ser considerados en el caso de su prohijado.

Finalmente, indicó que, existe duda frente a la ejecución de la conducta delictiva por la que se procede, la que debe resolverse en favor del enjuiciado, revocando la decisión de

condena, para, en su lugar, mantener la de absolución proferida en primera instancia.

4.1.2. La defensa de Américo Elías Mendoza Quessep

Por su parte, la defensa de **Mendoza Quessep** se opuso a la decisión de condena emitida por el Tribunal, que solicita sea revocada, considerando que el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 no tenía aplicabilidad alguna al momento de resolver el reconocimiento del derecho al reajuste solicitado por los concejales, en las 35 resoluciones expedidas el 8 de marzo de 2012.

Agrega que el actuar de su defendido se limitó, exclusivamente, a pronunciarse frente a varias solicitudes, respetando las competencias y funciones de cada entidad, para luego ordenar a la Alcaldía, como ente encargado, el pago de la obligación, de manera que le correspondía a esta acreditar la disponibilidad de recursos destinados para tal efecto o por intermedio de la Tesorería Distrital, realizar los ajustes pertinentes.

Afirma que la referida certificación solo se requiere cuando se trata de actividades contractuales de la administración, mas no, frente a asuntos extraordinarios como el reajuste de unos honorarios, luego, no era exigible a los procesados agotar dicho trámite.

Considera equivocado el análisis de la tipicidad objetiva de la conducta, dado que no existe norma, ni precedente que

disponga la forzosa aplicación del citado artículo 71, de manera que no existe sustento para concluir que las decisiones del 8 de marzo de 2012 son manifiestamente contrarias a la ley. Tampoco existe lineamiento que defina a qué entidad corresponde acreditar la disponibilidad. Cuestiones que ponen en evidencia la complejidad del tema y la confusión que generó la decisión emitida por los acusados, en todo caso, bajo la convicción de hacer lo correcto.

Hizo referencia, además, a que el *ad quem* incurrió en una “falacia” al afirmar, que las resoluciones son prevaricadoras, por disponer que el pago de las reliquidaciones se hiciera con prontitud, pues, la administración contaba con más de 9 meses para realizar los respectivos ajustes presupuestales, de tal manera se evitaría un mayor detrimento a las arcas del Distrito.

Asimismo, dice no encontrarse de acuerdo con la diferencia que el Tribunal fijó entre los honorarios de los concejales y el salario de un trabajador, siendo que aquellos son formas de remuneración por la actividad laboral cumplida y se constituyen en una acreencia laboral, respecto de la cual es viable su reconocimiento, sin necesidad de desplazarse a un tema accesorio como la disponibilidad presupuestal. Esto fue lo señalado por la Corte Constitucional en sus sentencias T-098 de 2004 y C -179 de 2005, que reitera, el juez de primer grado interpretó adecuadamente.

Afirma el apelante que el Juez Colegiado, simplemente, especuló sobre la tipicidad objetiva de la conducta, porque la Fiscalía no acreditó que su prohijado hubiese contrariado la ley ni actuado de forma dolosa con ese fin. También tuvo por infundadas las afirmaciones del *ad quem* relativas a que los dos meses en los que **Mendoza Quessep** se desempeñó como concejal, le permitían conocimiento indefectible sobre el tema, así como la suficiente experiencia en el ejercicio de cargos públicos para, justamente, no equivocarse o incurrir en error.

Finalmente, como está demostrado que no era indispensable el certificado de disponibilidad para expedir los 35 actos administrativos aquí cuestionados, su defendido, no contrarió el ordenamiento jurídico, motivo por el que estima debe revocarse la condena.

4.2 No recurrente

El delegado Fiscal destaca que la petición de la bancada de la defensa relativa a la revocatoria de la decisión de condena emitida en contra de los procesados es del todo inadmisibles, por cuanto los argumentos presentados con ese objetivo buscan desenfocar el problema jurídico que orienta el asunto, la tipicidad objetiva de la conducta, así como el aspecto subjetivo, abordados de forma adecuada por el Tribunal.

Califica de inaceptable la tesis del error en cuanto a la valoración de las pruebas. Agrega que el pronunciamiento del

Tribunal se edificó en sólidos argumentos derivados del análisis de los hechos jurídicamente relevantes, reconstruidos por las pruebas traídas a juicio. Particularmente, las documentales, esto es, las 35 resoluciones emitidas el 8 de marzo de 2012, los conceptos previos suministrados por los directores de las oficinas Jurídica y Financiera del Distrito, así como por las comunicaciones remitidas a la Alcaldía Mayor de Cartagena relacionadas con la negativa del pago inmediato de los reajustes.

Igualmente, la certificación expedida por el funcionario Alberto Enrique Llamas Herrera, director Financiero de Presupuesto Distrital, en la que hace alusión a la ausencia de apropiación con la cual soportar el gasto de los honorarios reliquidados para el presupuesto autorizado en la vigencia de 2012 ni la existencia de trámite alguno de adición presupuestal destinado a ese fin.

Considera inaceptable la exculpación de encontrarse los procesados frente a un asunto complejo, ambiguo, carente de regulación que determinaba la más variada interpretación, dado que, ninguno de tales aspectos fue objeto de mención en los actos administrativos cuestionados, pues la orden de pago con cargo a la vigencia de 2012 solo surge en el numeral 3° de la parte resolutive.

Agrega que ninguna relevancia tiene el reproche de la defensa frente a las resoluciones del 4 de junio de 2012 pues,

efectivamente, ratifican el conocimiento de los procesados sobre la normativa omitida.

Añade que el recurrente, además, desconoce los deberes que ostenta el cargo desempeñado por los procesados, en el que se proyectan las funciones que el Estado debe cumplir al servicio de la comunidad. Asimismo, que el actuar de aquellos produce alteración del orden jurídico, a los principios de moralidad, transparencia y uso racional del gasto público, así como al buen funcionamiento de la administración¹⁰, la que sin duda “*sufre en su imagen y en los esenciales fines que siempre deben acompañarla*”¹¹, y, que se materializa con la emisión de decisiones manifiestamente opuestas a la ley.

De tal manera, solicita se mantenga incólume la sentencia confutada.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1. De la competencia

De conformidad con lo señalado en el numeral 2° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con las directrices establecidas por la Corte desde el proveído CSJ AP1263–2019, del 3 abril, radicado 54215, la Sala de

¹⁰ Cfr. CSJ SP del 25-02.2003, rad. 17871.

¹¹ Cfr. CSJ SP del 6-4 de 2005, rad. 22830.

Casación Penal es competente para resolver la impugnación especial presentada contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que condenó por primera vez a **Cesar Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**, como coautores del delito de *prevaricato por acción*.

5.2. De manera que, con observancia del principio de limitación que rige la impugnación, la Sala estudiará los reparos formulados por los recurrentes, los cuales, en lo sustancial, se remiten a determinar si con las pruebas recaudadas en la actuación se logra alcanzar el estándar a que refiere el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar a **Cesar Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**, por el delito de *prevaricato por acción*, por el que fueron acusados, o, si por el contrario, existe duda que impone la resolución favorable del asunto para los procesados.

De manera que, en orden a elucidar lo anterior, la Sala empezará por precisar los ingredientes del delito de *prevaricato por acción*, para luego reseñar las pruebas practicadas en juicio, con el fin de establecer si puede pregonarse la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta punible, de cara a los reparos de la defensa.

5.3. El prevaricato por acción

Esta se encuentra consagrada en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, que prescribe:

«El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.»

Según la descripción del tipo penal, para su estructuración se requiere de los siguientes elementos:

“i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de un servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”¹².

Dicho de otro modo, *«cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, verbi gratia, por responder a una palmaria motivación sofisticada grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal»¹³.*

En sí, la actuación prevaricadora es aquella que contradice de forma inequívoca el sentido del texto normativo, por manera que la decisión censurada se revela en sí misma caprichosa, fruto de la arbitrariedad del

¹² CSJ. AP. 29 de julio de 2015, rad. 44031.

¹³ CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 43.413, reiterada en la CSJ SP, 30 nov. 2022, rad. 60434.

servidor. Consecuentemente, el juicio de tipicidad objetiva no versa sobre el acierto o desatino de la determinación. Se censura el yerro que trasciende al simple error, que se devela en sí mismo absurdo, irrazonable e inadmisibles y, por lo mismo, revelador de la intención positiva del funcionario de apartarse del precepto normativo para imponer su voluntad, y desprovista de cualquier ponderación que la justifique.

Es así que, dicho comportamiento delictivo solo admite la modalidad dolosa, por ello, el prevaricato por acción no se configura cuando la decisión, aunque sea contraria a la ley, es el resultado de la inexperiencia, desidia, impericia, ignorancia o ausencia de algún propósito criminal de quien la profiere.

Ahora bien, el escrutinio debe efectuarse de modo ex ante, esto es, a partir de las circunstancias concretas en que el sujeto activo adoptó la determinación, con los elementos de juicio con los que contaba para ese momento, sin que sea admisible la valoración de la decisión como prevaricadora a partir de *«la perspectiva de la cual habría actuado quien lo investiga o juzga»*¹⁴, sino del *«derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal... »*¹⁵.

Se trata de un delito instantáneo o de mera conducta, en el entendido que se consuma con el proferimiento de la

¹⁴ CSJ SP, 28 may. 2008, rad. 25.658. Citada en CSJ SP, 24 jul. 2012, rad. 38.187.

¹⁵ CSJ SP 17 jun. 2009, Rad. 30748. Citada en CSJ AP, 4 feb. 2015, rad. 44.879.

decisión o dictamen contrario a la ley, sin que se requiera de la causación efectiva de un daño o perjuicio a los destinatarios de la providencia judicial, acto administrativo o concepto emitido por el servidor público y con independencia de la eventual revocatoria, confirmación o declaratoria de nulidad del referido pronunciamiento.

5.4. Del caso concreto.

5.4.1. Como los temas propuestos por los impugnantes son coincidentes, para precaver reiteraciones innecesarias, se sintetizan los reparos por resolver así:

i) La conducta es atípica, dada la inaplicabilidad del artículo 71 del Decreto 111 de 1996 a la resolución de las solicitudes de reliquidación de honorarios elevadas por los cabildantes, de manera que el ingrediente objetivo del tipo no puede inferirse de ninguna prueba; ii) era competencia de otra entidad dar cumplimiento a la norma presupuestal; iii) no existió detrimento patrimonial al erario que haga perseguible la conducta por la senda del derecho penal y, iv) atendiendo al “principio de insignificancia” de la conducta, la consecuencia punitiva, ha de corresponder a métodos alternos como forma de retribución del daño causado.

Para atender los motivos de inconformidad de los recurrentes, surge entonces necesario analizar el contenido de los actos administrativos expedidos por los procesados el 8 de marzo de 2012, puesto que, según lo aseveró la Fiscalía

en su acusación son *manifiestamente contrarios a la ley* por haber ordenado su pago contra la vigencia fiscal de 2012, no obstante, carecer del certificado de disponibilidad que respaldara la reliquidación de honorarios solicitadas por concejales, así como otros documentos, incorporados al juicio por la Fiscalía, por medio de la investigadora del C.T.I., Johana Aguirre. En ese orden se aprecia que:

Las resoluciones cuestionadas tienen su origen en la petición presentada ante la Alcaldía Distrital de Cartagena por la abogada Viviana Lanzaino, en representación de 35 concejales y exconcejales, para que les fuera reconocido y pagado el reajuste de honorarios por la asistencia a las sesiones plenas realizadas por el Concejo desde 2001 a 2009.

Al respecto, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía contestó a la peticionaria, en oficio AMC-9QR-0008567-2011 del 7 de diciembre de 2011, que el competente para dirimir el asunto era el Concejo Distrital, en virtud de su autonomía presupuestal y financiera¹⁶. A continuación, mediante oficio AMC-PQR-00000097-2012 de fecha 13 de enero de 2012¹⁷, la oficina jurídica de la Alcaldía remitió al Concejo Distrital las referidas peticiones, indicando que:

“(…) De acuerdo con la competencia que le asigna el ordenamiento jurídico al Concejo Distrital de Cartagena de Indias, remitimos las peticiones referenciadas en el asunto a fin de que, dicha Corporación, se pronuncie sobre la viabilidad

¹⁶ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta Pruebas de la Fiscalía – 3, archivo pdf 2020_09_11_18_35_52, fls. 40 - 42

¹⁷ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta Pruebas de la Fiscalía – 3, archivo pdf 2020_09_11_18_38_47, fls. 45 y 46.

jurídica del reconocimiento solicitado y la necesidad presupuestal para atender su materialización, ello en caso de que lo solicitado se encuentre conforme a la Constitución, la ley y el reglamento.

La anterior remisión se encuentra fundamentada en los artículos 312 y ss. de la Carta Magna y la Ley 136 de 1994 y demás normas concordantes, y en especial el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 (...)

Le manifestamos que en caso de que se considere necesario el fortalecimiento presupuestal para atender la materialización de la solicitud, ésta (sic) Administración estará presta a verificar las acciones correspondientes en aras de mantener la vigencia del principio de colaboración armónica entre los diferentes estamentos del poder público distrital.”

El Concejo Distrital de Cartagena en sesión ordinaria, realizada el 4 de febrero de 2012¹⁸, conformó una *comisión accidental* para atender las peticiones, dados los impedimentos que surgieron en los miembros de la mesa directiva para pronunciarse al respecto. Se designó a **Cesar Augusto Piñón González**, como Presidente Ad hoc y a **Américo Elías Mendoza Quessep**, Segundo Vicepresidente.

En esa condición, **Cesar Augusto Piñón González**, mediante oficio fechado 7 de febrero de la referida anualidad¹⁹, solicitó a Felipe Díaz Santos, director de la Oficina Jurídica del Concejo de Cartagena, la siguiente información: i) si existe o no prescripción trienal en las reclamaciones, ii) si las reclamaciones están ajustadas al ordenamiento jurídico, la ley y la Constitución y iii) si les asiste o no el derecho a reclamar esos dineros dejados de

¹⁸ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_34_30, fls. 10-25.

¹⁹ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_38_47, fl. 48.

percibir y en qué períodos, discriminados para cada concejal reclamante.

Igualmente, en misiva del mismo 7 de febrero de 2012, el procesado requirió a Yasmeidy Vargas Ledesma, Directora de la Oficina Financiera del Concejo Distrital de Cartagena, precisar: i) si las certificaciones aportadas con las reclamaciones coincide con la información que reposa en la oficina financiera por pago de honorarios a los concejales, ii) los criterios utilizados por la corporación para el pago de honorarios desde 2001 a 2009, iii) si las liquidaciones presentadas en las reclamaciones corresponden al pago que debió hacerse, iv) si en estas se incluyeron intereses moratorios u otras sanciones por demora en el pago y, v) el valor individual a pagar para cada concejal, así como el total por todos los reajustes²⁰.

Sobre la primera solicitud, mediante oficio No. OAJ-027-012 fechado 16 de febrero de 2012²¹, Felipe Díaz Santos, director de la Oficina Jurídica del Concejo de Cartagena, comenzó por explicar, en síntesis, que *“los concejales no tienen derecho al pago de factores salariales porque no sostienen relación legal, menos laboral con el Estado, son solo servidores públicos, cuya retribución son los honorarios que establece el artículo 312 de la Constitución Política”*, por ello, como los honorarios corresponden a obligaciones ordinarias, no se les aplica la prescripción trienal establecida para las

²⁰ *Ibíd.*, fl. 64.

²¹ *Ibíd.*, fls. 49 – 55.

relaciones laborales, pues aquellos son servidores públicos, pero sí la ordinaria consagrada en el “*artículo 2356 del Código de Procedimiento Civil*”.

Asimismo, con respecto a si las reclamaciones de los concejales estaban ajustadas a derecho, las conceptuó viables, por tener acreditada la participación de los reclamantes en las sesiones cumplidas en los años 2001 a 2009, interregno en el que tuvo vigencia la Ley 617 de 2000, precisando que aun restaba que la Dirección Financiera y a la Oficina Asesora de Control Interno de la corporación determinaran si la norma en comento fue mal aplicada o interpretada. Con todo, señaló: “*es importante que este concejo, al ver el error, es su deber y su obligación, **en la medida de lo posible financieramente** subsanar lo antes posible esta situación, teniendo en cuenta la ley, los argumentos expuestos por la abogada y por parte de esta oficina Asesora Jurídica*”.

Por último, el director de la Oficina Jurídica del Concejo de Cartagena, agregó a su misiva que desconocer el reajuste solicitado podría acarrear faltas disciplinarias o mayor detrimento al patrimonio del Distrito.

De otra parte, Yasmeidy Vargas Ledesma, directora de la Oficina Financiera del Concejo Distrital, en oficio DF-043 del 20 de febrero de 2012, contestó la petición del 7 de febrero de ese año, en el sentido de indicar que existieron inconsistencias en los egresos y planillas de los años 2005,

2006, 2008 y 2009, por lo que sugirió fueran corregidas. Luego afirmó que las liquidaciones de los reclamantes “*si corresponde al pago que realmente debió hacerse*”, al paso que esos valores no incluían intereses moratorios o sanción alguna, solo la indexación a corte del 31 de enero de 2012. Relacionó en un cuadro los nombres completos de 37 concejales y el valor por pagar a cada uno, para un total de \$7.609.425.280

Luego de lo cual agregó: “***Por último, se le sugiere solicitar a la Alcaldía Distrital Certificado de Disponibilidad Presupuestal con el fin de soportar presupuestalmente las reclamaciones y posterior pago***”.²² La anterior información fue reiterada por la mencionada directora de la Oficina Financiera del Concejo Distrital a **Cesar Augusto Pión González**, en oficio DF-054 del 28 de febrero de 2012²³.

Cumplido el referido trámite, **Cesar Augusto Pión González** como Presidente Ad-hoc y **Américo Elías Mendoza Quessep**, Segundo Vicepresidente, el 8 de marzo de 2012 emitieron 35 resoluciones²⁴, de la 074 a la 108, en las que señalaron lo siguiente:

Bajo un mismo formato, distinguidos por un número de resolución y nombre del concejal, los procesados indicaron que emitían el acto administrativo con fundamento en “*la Ley*

²² Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_34_30, fls. 4 – 6.

²³ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_38_47, fls. 56 - 58.

²⁴ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 1.

136 de 1994, la Ley 617 de 2000 y el Reglamento Interno del Consejo de Cartagena de Indias D.T. y C. Acuerdo 018 de 2003...". Luego, procedieron a la exposición de los considerandos con los cuales adoptarían la respectiva determinación.

En lo que hace a la motivación de las resoluciones, citaron como antecedente que el 25 de octubre de 2011, la abogada Viviana Lanziano Santos, presentó ante la Alcaldía Distrital de Cartagena, petición de reconocimiento y pago del reajuste de honorarios a los concejales y exconcejales en el periodo de 2001 a 2009.

Señalaron que el 7 de diciembre de 2011, mediante oficios AMC-PQR-0008567-2011 y AMC-PQR-0000097-2012, la Jefatura de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena, les remitió dichas peticiones, por considerar que de conformidad con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, al ser esa una sección del presupuesto, que goza de autonomía administrativa y financiera para la ordenación del gasto, era de su competencia dar respuesta a aquellas.

Refirieron, además, los conceptos AOJ-027-2012 de la Dirección de la Oficina Jurídica y el DF 054 de 28 de febrero de 2012 de la Dirección Financiera del Concejo Distrital se tendrían como parte integrante de las resoluciones. Así como apartes de la sentencia C-043 de 2003, los artículos 20 y 65 de la Ley 617 de 1994, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 1042 de 1978, artículo 42, que regulan lo relacionado con los honorarios.

Finalmente, afirmaron en los actos administrativos que, de acuerdo con la documentación aportada en cada solicitud, encontraban acreditada la omisión de la administración en el pago del reajuste de los honorarios reclamado por los cabildantes, el cual se afirmaba legal, vigente y necesario reconocer y pagar.

Con tales argumentos, los acusados **Cesar Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep** resolvieron reconocer el derecho al reajuste en los honorarios de los concejales, citando en cada una de las resoluciones el nombre del beneficiario, su identificación y el valor al que ascendió cada reliquidación según el periodo concreto, del 2001 al 2009, que se debía ajustar.

Vale destacar que, en el numeral 3° de los citados actos administrativos, consignaron: **“Procédase al pago de los honorarios señalados con cargo al presupuesto de ingresos y gastos correspondiente a la vigencia fiscal 2012. Para tales efectos ofíciase a la Tesorería Distrital de Cartagena de Indias, para que disponga los recursos tendientes al cumplimiento de la presente resolución.”**²⁵.

De tal manera los procesados suscribieron las siguientes resoluciones:

Orden	Nombre Beneficiario	Numero de Resolución del 8 de marzo de 2012	Periodo de reajuste	Valor reconocido
1	Amin Jattin William Alfredo	074	2009	\$42.425.287.00

²⁵ Ibid.

CUI: 13001600112820120657501

NI: 61539

Impugnación

Américo Elías Mendoza Quessep y

César Augusto Pion González

2	Anaya Cuesta César	075	2003	\$19.197.283.00
3	Anaya Lorduy Boris	076	2004-2009	\$298.066.880.00
4	Benavidez Aguas Eyder M.	077	2008-2009	\$121.666.000.00
5	Bermúdez Villadiego Argemiro	078	2001-2007	\$187.192.154.00
6	Bernal Jiménez Alberto	079	2001-2009	\$359.916.791.00
7	Berrio Juaco	080	2001-2003	\$105.745.528.00
8	Betancourt González Andrés	081	2008-2009	\$195.547.807.00
9	Blel Scaff Vicente Antonio	082	2008-2009	\$192.832.282.00
10	Buelvas Romero Orlando	083	2006-2009	\$258.557.182.00
11	Bustamante María del S.	084	2001-2009	\$373.523.254.00
12	Calderón Muñoz María Clara	085	2004-2007	\$ 90.326.587.00
13	Curi Vergara Abraham	086	2001-2003	\$111.504.713.00
14	Dager Lequerica David	087	2001-2009	\$404.927.192.00
15	Díaz Ramírez Alfredo	088	2001-2009	\$404.929326.00
16	Espinosa Faciolince Jaime	089	2001-2003	\$111.504.713.00
17	García Tirado William	090	2001-2009	\$358.953.256.00
18	Guerra Torres Antonio Salim	091	2008-2009	\$ 78.396.399.00
19	Guerra Varela Antonio Quinto	092	2004-2009	\$293.567.310.00
20	Gutiérrez Ortega María Elena	093	2001-2007	\$203.063.535.00
21	Hodeg Llorente Lorenzo	094	2008-2009	\$201.374.117.00
22	Lequerica Araujo Jorge	095	2001-2009	\$367.895.620.00
23	López Camacho William	096	2001-2007	\$239.132.686.00
24	Malo David Adolfo	097	2001-2007	\$203.619.566.00
25	Marthelo Vecchio Amaury	098	2001-2007	\$193.244.702.00
26	Meza Pérez Rafael	099	2004-2009	\$292.852.614.00
27	Montero Polo Lewis	100	2001-2007 y 2009	\$280.604.696.00
28	Oke Lujan Jorge	101	2001-2003	\$111.504.713.00
29	Osorio Rodríguez Alberto	102	2008-2009	\$201.374.117.00
30	Raad Hernández Adolfo	103	2001-2009	\$364.487.841.00
31	Romero Arzuaga Luis Rafael	104	2001-2003	\$104.048.599.00
32	Romero Julio Jhonny	105	2007	\$ 16.188.808.00
33	Segovia Brid Enrique	106	2007	\$ 16.188.808.00
34	Valera Escudero Julio	107	2001-2003	\$111.402.574.00
35	Vargas Moreno Daniel	108	2005-2009	\$291.660.168.00
	Total aproximado			\$7.200.000.000.00

Mediante oficio del 12 de marzo de 2012, el procesado **Piñón González** en la condición de presidente de la mesa

directiva de la comisión accidental conformada por el Concejo Distrital, remitió al entonces alcalde mayor de Cartagena, Campo Elías Teherán Dix, los 35 actos administrativos aludidos, para que *“previos los trámites de rigor, otorgarle el trámite que le corresponda a dicho acto administrativo y, en consecuencia, ordenar el pago inmediato a su apoderado”* ²⁶.

Posteriormente, en oficio fechado 14 de mayo del citado año²⁷, el procesado expresó al mandatario local y al entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito, Guillermo Sánchez Gallo, que el 18 de abril de 2012 había remitido otra petición, esta vez, para que se adicionara presupuestalmente el rubro de honorarios de Concejales. Añadió que los términos de ley se encontraban vencidos, por lo que sugería preservar los principios orientadores de la administración pública, como la eficiencia, eficacia y celeridad, dado que la demora podría aumentar los costos.

Al resultar infructuosas las referidas solicitudes de pago ante la Alcaldía, el 4 de junio de 2012, **Pión González** y **Mendoza Quessep** expedieron otras 35 resoluciones²⁸, de la número 159 a la 193, para modificar las 35 iniciales. Así, aunque conservaron la motivación señalada líneas atrás, adicionaron el contenido del inciso 1° del artículo 71 del Decreto 111 de 1996, para luego acotar:

²⁶ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_38_47, fls. 62 - 63

²⁷ Ibid., fl. 65.

²⁸ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 2.

“Que una vez analizado el contenido de la normativa aplicable al asunto en cuestión, esta mesa directiva considera pertinente y procedente hacer claridad sobre la existencia normativa que debe aplicarse a efectos de que sea efectivo el reconocimiento que se hace mediante esta providencia. Por esta razón se modificará el artículo tercero de la resolución No. (...) en el sentido de que lo dispuesto en esta providencia debe sujetarse al Decreto 111 de 1996 y demás disposiciones que rigen en materia presupuestal y de ordenación del gasto, quedando condicionado el pago al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Estatuto de Presupuesto (Decreto 111 de 1996)”.

Bajo tal consideración, incluyeron en la parte resolutive de cada una de las 35 resoluciones, lo siguiente:

“Primero. Modifíquese el numeral tercero de la Resolución No. (...) de fecha 08 de marzo de 2012, por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de unos honorarios al Honorable Concejal (...), el cual quedará así: para efectos del pago que corresponde al derecho que se reconoce por virtud de esta providencia se surtirá previamente el procedimiento descrito en los estatutos de Concejo Distrital de Cartagena de Indias T. y C. en el art. 71 del Decreto 111 de 1996 – Estatuto Orgánico del Presupuesto- y en las demás disposiciones que rigen en materia presupuestal y de ordenación del gasto.

Segundo. Para los efectos contemplados en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 y previo el perfeccionamiento del presente acto, oficiese a la Secretaria de Hacienda Distrital para lo de su cargo.”

5.4.2. Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que las 35 resoluciones proferidas el 8 de marzo de 2012, por parte de los procesados **César Augusto Pion González** y **Américo Elías Mendoza Quessep** son manifiestamente contrarias a la ley. De manera que, desde ya anuncia la Sala confirmará la condena por prevaricato por acción.

En efecto, aunque los recurrentes aseguran que la conducta es atípica, lo cierto es que los procesados desconocieron el ordenamiento jurídico de forma arbitraria, la aplicación de las disposiciones de orden constitucional y legal, particularmente, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, específicamente, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, que prevé la exigencia del certificado de disponibilidad presupuestal al momento de dirimir las solicitudes de reliquidación de honorarios elevadas por los cabildantes, como pasa a verse:

Lo primero a considerar, con respecto a la tipicidad objetiva para el delito de prevaricato por acción, es la condición de servidores públicos que ostentaban los procesados **César Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**. Para ello, quedó debidamente acreditado que estos fueron elegidos integrantes del Concejo Distrital de Cartagena, para el período del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015 y en sesión ordinaria del 2 de enero de 2012 rindieron juramento frente al cumplimiento de sus deberes en el cargo a desempeñar, de manera que la Corporación los posesionó²⁹.

A lo anterior, se agrega que los acusados fungieron como Presidente Ad hoc y Segundo Vicepresidente, respectivamente, de la comisión accidental que el Concejo

²⁹ Según Acta No. 001 de la sesión ordinaria de instalación del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, realizada el 2 de enero de 2012, para el periodo legal de 2012 a 2015, fue suscrita por el concejal César Augusto Pión González en calidad de secretario Ado-hoc, que se encuentra en: Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_34_30, fls. 27 – 39.

Distrital conformó el 4 de febrero de 2012³⁰ para, exclusivamente, resolver las 35 solicitudes de reliquidación de honorarios elevadas por concejales y exconcejales.

En ese orden, es claro que los procesados reúnen la calidad especial que demanda el tipo penal, pues la Constitución Política consagra que los Concejos Distritales son corporaciones-político administrativas de carácter territorial -artículo 312-, cuyos miembros ostentan la singular categoría de servidores públicos, quienes, según el artículo 123 del mismo cuerpo sustantivo, “...*están al servicio del Estado...*”, además sometidos a la Norma Superior y a la ley.

Ahora, siguiendo los elementos típicos del delito, **César Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**, efectivamente, profirieron las resoluciones 074 a 108 del 8 de marzo de 2012, mediante las cuales reconocieron el derecho al reajuste en los honorarios de los concejales, citando en cada una de las resoluciones el nombre del beneficiario, su identificación y el valor al que ascendió cada reliquidación según el periodo concreto, entre el 2001 al 2009, que se debía ajustar para el caso específico, es decir, que materializaron uno de los verbos rectores de la conducta punible.

³⁰ Págs. 10 a 25, *Ibíd.* El acta aparece suscrita por el concejal Américo Mendoza Quessep, en calidad de presidente.

Ahora, para establecer la concurrencia del ingrediente normativo del delito, referido a la manifiesta contrariedad de las resoluciones a la ley, es del caso comenzar por precisar lo siguiente:

El principio de unidad presupuestal, según la Corte Constitucional, implica que existe un manejo unificado de la economía en el país, bajo un solo sistema de ingresos y gastos, de manera que todos los presupuestos, sean de la Nación, los departamentos o municipios, se rigen por los mismos fines y objetivos, es por esto que la Ley Orgánica del Presupuesto se aplica, igualmente, a los municipios, en los procesos presupuestales. Así, el artículo 352 de la Constitución Política, establece:

“(...) Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

Vale aclarar que la Ley Orgánica del Presupuesto, así como sus reglamentos, son las únicas que regulan la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto.

En ese sentido, el artículo 109 de la Ley Orgánica del Presupuesto – Decreto Ley 111 de 1996-, señala que los entes territoriales deben seguir sus disposiciones al momento de

expedir las normas orgánicas del presupuesto. Quiere decir lo anterior que el Presupuesto Municipal, al igual que el nacional, como parte del sistema presupuestal, contiene la proyección de todos los ingresos y rentas que tendrán lugar en la vigencia fiscal, al paso que autoriza los gastos y los recursos que serán ejecutables en ese periodo.

Así, en virtud del principio de especialización, cada apropiación u operación incluida en el presupuesto debe referirse a un objeto y función determinada, de manera que se ejecutan estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas. El principio de universalidad implica que el presupuesto contiene la totalidad de los gastos públicos que se esperan realizar durante la vigencia fiscal, al punto que ninguna autoridad podrá efectuar gastos, erogaciones o transferencias que no se encuentren previamente en este, y el de programación integral conlleva que se deben contemplar, simultáneamente, los gastos de inversión y de funcionamiento necesarios para la ejecución y operación del presupuesto.³¹

Por el influjo de los reseñados principios, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Presupuesto define las apropiaciones presupuestales o presupuesto de gastos como las *“autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva”*. En ese sentido, las apropiaciones del

³¹ Artículos 15, 17 y 18 del Decreto Ley 111 de 1996.

Presupuesto Municipal son las autorizaciones máximas en el presupuesto para atender las necesidades del ente territorial.

Ahora bien, los incisos 2° y 3° del artículo 312 de la Constitución Política dejan claro que los concejales municipales no tienen “*la calidad de empleados públicos*” y que la “*ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones*”. Es por ello que están sujetos a un régimen especial, regulado en la Ley 136 de 1994³², en virtud del cual, poseen entre otras prerrogativas, la descrita en el artículo 65, cual es, “*al reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias*”.

De forma subsiguiente, la Ley 617 de 2000³³, indica en su artículo 3°, que los honorarios de los concejales se encuentran inmersos dentro del presupuesto, bajo las partidas de “*gastos de funcionamiento*” y su pago se realiza con “*los ingresos corrientes de libre destinación*”:

«[...] **ARTICULO 3o. FINANCIACION DE GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.** Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y

³² Ley 136 de 1994. “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Artículo 1. “Definición. El municipio es la entidad territorial fundamental de la división política administrativa del Estado, con autonomía política, fiscal y administrativa...”. Capítulos III a V. Artículo 21. Concejos Municipales...”

³³ Ley 617 de 2000. “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario de 1222 de 1986, se adiciona la ley Organiza de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público”.

(...).

PARAGRAFO 1o. Para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado. (...).

PARAGRAFO 3o. Los gastos de funcionamiento que no sean cancelados durante la vigencia fiscal en que se causen, se seguirán considerando como gastos de funcionamiento durante la vigencia fiscal en que se paguen.”

En consecuencia, comoquiera que los honorarios de los concejales corresponden a gastos de funcionamiento del municipio, estos deben estar incluidos en el presupuesto, con su respectiva apropiación presupuestal.

Ahora bien, el capítulo XI de la Ley Orgánica de Presupuesto que regula la ejecución del presupuesto, prevé en su artículo 71 la exigencia del certificado de disponibilidad presupuestal al señalar:

“ARTÍCULO 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del

Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados. (...).”

A su vez, el artículo 19 del Decreto 568 de 1996, que reglamenta las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, orgánicas del Presupuesto General de la Nación, define el certificado de disponibilidad presupuestal como *“el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.”*

Al respecto, en sentencia C-108 de 1996, la Corte Constitucional afirmó que el requisito de disponibilidad presupuestal hace parte esencial del principio constitucional de legalidad del gasto público consistente en que no se pueden efectuar erogaciones con cargo al Tesoro si no están incluidas en el presupuesto, de conformidad con lo señalado en los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política, y los artículos 18 y 49 de la Ley 179 de 1994, compilados en los artículos 39 y 71 del Decreto Ley 111 de 1996, Ley Orgánica del Presupuesto. En cuanto a los fines de la disponibilidad, acotó:

Los objetivos de la disponibilidad son la protección de los recursos públicos para facilitar la realización de los fines estatales, los cuales no se podrían alcanzar si los ordenadores del gasto de las entidades públicas pudieran ejecutar sumas superiores a las disponibles, constituyéndose en una garantía para que los recursos incorporados en los presupuestos sean suficientes para atender los gastos y obligaciones contraídas por el Estado. No sería posible entonces efectuar una correcta ejecución presupuestal si no hay disponibilidad, porque sin ella se ejecutarían partidas por encima de las presupuestadas, en perjuicio de otras que no podrían efectuarse.

Asimismo, sobre la obligatoriedad del trámite del certificado de disponibilidad presupuestal, de cara a la emisión de los actos administrativos, ha dicho el Consejo de Estado:

“Así, el pago de toda obligación a cargo de una entidad del Estado, debe estar previamente respaldada en los instrumentos procesales y contables tales como los certificados de disponibilidad presupuestal y los registros presupuestales. (...)

Bajo este entendimiento, es fácil concluir que solamente las autoridades fiscales del Estado están en capacidad de administrar el dinero que circula por los canales de las cuentas públicas...; los demás agentes que intervienen en el flujo de los recursos son ejecutores del gasto, cuando reciben los recursos, una vez cumplidas las etapas del mencionado ciclo presupuestal, como ocurre cuando se ha expedido el Decreto Ejecutivo de Liquidación del Presupuesto, conforme lo dispone el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996 y sus disposiciones complementarias, y se han hecho las transferencias a cada entidad por medio del Plan Anualizado de Caja (PAC artículo 73 ibídem), **cuando han sido previamente inscritas las obligaciones a su cargo,**

tanto para las acreencias contractuales, como para los gastos de funcionamiento e inversión”³⁴.

En esa línea, resulta relevante el artículo 110 del Decreto Ley 111 de 1996 que define las entidades u órganos habilitados para administrar el presupuesto y las facultades que tienen frente al mismo:

«(...). **Los órganos** que son una sección en el presupuesto general de la Nación, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección**, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas** en el estatuto general de contratación de la administración pública **y en las disposiciones legales vigentes.** (...) **En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades** las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y **concejos**, las contralorías (...)”. (Negrilla fuera de texto).

La ordenación del gasto, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, se refiere “*a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que a partir del programa de gastos aprobado -limitado por los recursos aprobados en la ley del presupuesto-, se decide la*

³⁴ CFR. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 11001-03-06-000-2018-00129-00, 25. Sept., 2018. Rad.2389. Pág. Función Pública. (Negrillas fuera de texto).
36 Corte Constitucional C - 018 de 1996.

*oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto.*³⁵, ya sea a nivel nacional o territorial.

Así, en lo que respecta al municipio, los concejos municipales, según el artículo 312 de la Constitución Política, son las corporaciones político administrativas, elegidos popularmente y encargados, entre otras funciones, de dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, como lo prevé el numeral 5° del artículo 313 siguiente y el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, el cual debe adecuarse al Estatuto Orgánico del Presupuesto que regula, también, el sistema presupuestal, lo que significa, entonces, que son ordenadores del gasto.

En tal sentido, el certificado de disponibilidad presupuestal imprime orden en la asunción de los compromisos de la administración, evitando que los operadores del gasto, asuman obligaciones sin capacidad de pago³⁶.

Adicionalmente, la necesidad de su diligenciamiento radica en que le garantiza tanto al Estado, como operador del gasto, incluso, a los administrados, la existencia de rubros disponibles y de libre afectación para crear las obligaciones, a su vez, la garantía de pago³⁷. Se sustenta, en primer término, en el apremio del Estado de administrar con

³⁵ Corte Constitucional sentencia C -365 de 2001.

³⁶ Consejo de Estado, Radicado 28565 del 12 de agosto de 2014.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 22 de octubre de 2009, exp. 1535-07.

responsabilidad y transparencia sus recursos, máxime que de ello depende el cumplimiento de sus fines y, en segundo lugar, de su permanencia en el sistema normativo, ya que, se constituye como soporte contable para el manejo del erario.

De ese modo, como la disposición de los recursos por parte de los entes territoriales es una actividad reglada, la exigencia del certificado de disponibilidad presupuestal, como requisito previo al compromiso del gasto, es de ineludible observancia para las entidades y autoridades en el manejo del presupuesto.

Particularmente, para el Distrito Turístico de Cartagena, el Decreto 1650 de diciembre 28 de 2011, del que es marco normativo el Acuerdo 015 del 19 de diciembre de 2011 –“*Por el cual se aprueba el presupuesto de Rentas, Recursos de Capital y Recursos de Fondos Especiales, Apropriaciones de Funcionamiento y de Servicio de la Deuda del Distrito de Cartagena de Indias para la vigencia Fiscal de 2012*”-, dispone:

“ARTICULO 27. CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. Para asumir compromisos de carácter contractual y **no contractual**, se deberá expedir previamente un Certificado de Disponibilidad Presupuestal, suscrito por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces, en que conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible o sin comprometer. Este certificado se llevará a la contabilidad presupuestal del organismo y de la entidad. (...)”.

5.4.3. Con fundamento en la verificación normativa y jurisprudencial reseñada, la Sala aprecia que los procesados **César Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza**

Quessep, concejales municipales, en especial, como Presidente Ad hoc y Segundo Vicepresidente de una comisión accidental, accedieron a la reliquidación de honorarios solicitada por los concejales y exconcejales, por las sesiones a las que asistieron en el periodo de 2001 a 2009, y ordenaron su pago con “cargo a la vigencia fiscal de 2012”, sin contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal.

Al fungir los acusados como ordenadores del gasto tenían la obligación de contar con la certeza de la disponibilidad de recursos en el presupuesto aprobado para la vigencia fiscal de 2012, antes de reconocer, con cargo al presupuesto aprobado para ese año, la efectiva cancelación de aproximadamente \$7.200.000.000.00, en favor de 35 concejales y exconcejales, en las resoluciones 074 a 108 del 8 de marzo de 2012.

Por lo expuesto, contrario a lo argüido por los recurrentes, los procesados pasaron por alto que no podían afectar el presupuesto aprobado por Distrito Turístico de Cartagena, sin previamente constatar que el emolumento o rubro concedido en los actos administrativos en cita había sido incluido en el presupuesto de gastos aprobado por el ente territorial para la vigencia del 2012, de conformidad con lo señalado en los artículos 71 del Decreto Ley 111 de 1996 –Ley Orgánica del Presupuesto- y 27 del Acuerdo 015 de 2011, por medio del certificado de disponibilidad presupuestal, es decir, si el Distrito podía atender ese

compromiso específico – el reajuste de honorarios- y el monto máximo autorizado para ello.

No obstante, pese a que era diáfano para los enjuiciados que los honorarios reliquidados serían pagados con cargo al presupuesto del ente territorial, al punto que así lo dispusieron expresamente en los actos administrativos, luego, al implicar una afectación a las apropiaciones presupuestales del Distrito, estaban atados a las reglas de ejecución de este, en particular, de las normas en mención.

Incluso, así lo señala expresamente el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996 –Ley Orgánica del Presupuesto-, al decir que *“todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones deberán contar con certificados de disponibilidad **previos** (...)”*. Y, precisamente, el fundamento de esta exigencia radica en que solo con la emisión anticipada del certificado de disponibilidad presupuestal es que el ordenador del gasto conoce de las apropiaciones y destinaciones ya consolidadas en el presupuesto, para establecer si es posible contablemente asumir un nuevo compromiso y el margen de recursos disponibles para ello en la respectiva vigencia fiscal, antes de comprometer el presupuesto del ente territorial.

Para el caso concreto, entonces, **César Augusto Piñón González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**, concejales municipales, terminaron afectando las apropiaciones presupuestales del Distrito de Cartagena en

aproximadamente \$7.200.000.000, para atender un gasto no previsto desde la aprobación del presupuesto para la vigencia fiscal de 2012, al punto de exigir los desembolsos, incluso, de forma “inmediata”, sin ningún miramiento en que el reconocimiento de las reliquidaciones con cargo a la denotada vigencia, con pago inmediato, sin duda, vulneró el principio constitucional de la legalidad del gasto, como fundamento filosófico de la norma presupuestal pretermitida.

Por consiguiente, coincide la Sala con la postura del *ad quem* al concluir que el reseñado comportamiento se adecúa típicamente al delito de prevaricato por acción, dado que las 35 resoluciones del 8 de marzo de 2012, fueron proferidas en abierto desconocimiento del artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996, Ley Orgánica del Presupuesto, vinculante también para **César Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep**, como concejales municipales.

En esa línea, entonces, tampoco le asiste razón a la bancada de la defensa, cuando argumentó, de manera común, que el certificado de disponibilidad presupuestal no era necesario ni exigible a los procesados, pues para comprometer el gasto del ente territorial con cargo al presupuesto de 2012, como lo hicieron los acusados de manera expresa en las resoluciones 074 a 108 de 2012, debían tener la certeza de que para esa vigencia fiscal existía la apropiación presupuestal destinada a atender el reajuste de honorarios.

Es por lo expuesto que la Sala se aparta de las consideraciones del *a quo*, pues la labor de los procesados no se limitó a reconocer el derecho de los concejales y exconcejales a la reliquidación, también dispusieron, de manera expresa, afectar directa e inequívocamente el presupuesto distrital aprobado para la vigencia fiscal de 2012, orden para la que, indefectiblemente, debían contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, máxime cuando las 35 resoluciones fueron proferidas el 8 de marzo de 2012, en tanto que el presupuesto, el 28 de diciembre de 2011, mediante Decreto 1650. En consecuencia, el presupuesto ya había sido aprobado tres meses antes del reconocimiento de honorarios.

Es así que el Decreto 1650 de diciembre 28 de 2011 previó como partida autorizada al Concejo Distrital para la vigencia fiscal 2012, exclusivamente para atender los “*gastos de funcionamiento acreditados*”, incluyendo las cuentas de “*sueldo personal de nómina*” y de “*honorarios de sus servidores*” a causarse en dicho periodo, la suma de “\$5.832.697.370.00”, monto que, a las claras, es notablemente inferior al valor reconocido por los procesados por reajuste de honorarios, que se acreditaron en el monto de \$7.200.000.000.00., lo que significa que de haber cumplido con la exigencia previa del certificado de disponibilidad presupuestal, los procesados habrían advertido el déficit para, luego, establecer si para garantizar el pago, la apropiación por gastos de funcionamiento podía ser adicionada o ya debía incluirse el gasto por reajuste en el presupuesto de la nueva vigencia.

Incluso, en juicio oral, Alberto Llamas Herrera, director Financiero de presupuesto de Cartagena, precisó que con ocasión del requerimiento realizado por la Fiscalía, suscribió el oficio AMC-OFI-0044212-2012, de fecha 6 de agosto de 2012³⁸, en el que certificó lo siguiente:

“(...) La Dirección Financiera de Presupuesto de la Alcaldía Distrital de Cartagena, Certifica que en el Presupuesto aprobado mediante Decreto No. 1650 de 28 de Diciembre (sic) de 2011 para la vigencia fiscal de 2012, no hay apropiación presupuestal para cancelar el reajuste de los honorarios de los concejales y exconcejales de Cartagena.

En los archivos de la Dirección Financiera de Presupuesto de la Alcaldía Distrital de Cartagena, no reposa solicitud alguna que sirva de constancia de la petición realizada por el Concejo al Distrito de Cartagena, para conseguir las partidas presupuestales con la finalidad de hacer los pagos correspondientes al citado reajuste y de igual forma le confirmo que no se han autorizado pagos que correspondan a este objeto del gasto. (...).”

Por consiguiente, afirmar que únicamente quien ejecuta el presupuesto está conminado por el denotado requerimiento, como lo hacen los apelantes, pretermite el principio de programación integral, pues en el presupuesto se incluirían partidas carentes de los recursos necesarios para su consecución, lo que llevaría a obligaciones incumplidas, afectando, incluso, el normal funcionamiento del ente territorial, como sucedió en este caso. En otras palabras, por lo general, quien asume una deuda debe saber de antemano si cuenta con los ingresos para endeudarse, si esto afectará la atención de otros compromisos y el cómo y

³⁸ Carpeta 01. Actuaciones del Juzgado, carpeta proceso escaneado, carpeta pruebas de la Fiscalía- 3, archivo pdf 2020_09_11_18_38_47, fl. 66 y Carpeta 02. Audios 120806-1639, archivo Excel func 2012 ACUERDO -01-12-2012.

cuándo la pagará. Esta misma exigencia se radica en quien ordena el gasto, en este caso, en los procesados.

De ahí que, si estos hubiesen obrado conforme a la ley, requiriendo el certificado de disponibilidad antes de emitir las denotadas resoluciones habrían advertido que en el presupuesto aprobado por el ente territorial para el 2012 no se había previsto la apropiación presupuestal para el reconocimiento y pago de la suma dispuesta en favor de los concejales reclamantes por reajuste. Aunque sí se incluyó un monto por gastos de funcionamiento, como se indicó en precedencia, es claro que este se había dispuesto, pero para atender las necesidades del Concejo Distrital para el 2012, disimiles a los reajustes concedidos que corresponden a los honorarios percibidos y no cancelados, entre 2001 y 2009.

Ahora, aunque veladamente, los recurrentes refieren que sus prohijados desconocían la obligación de requerir el certificado de disponibilidad presupuestal antes de proferir los actos administrativos de reliquidación, no pasa desapercibido para la Corte que la Alcaldía Distrital, en oficio AMC-9QR-0008567-2011 del 7 de diciembre de 2011, reseñado en precedencia, al remitir la solicitud de reajuste presentada por la apoderada de los concejales y exconcejales, les advirtió sobre la necesidad de establecer el margen presupuestal requerido para asumir el eventual compromiso, al señalar que, *“en caso de que se considere necesario el fortalecimiento presupuestal para atender la materialización*

de la solicitud, esta Administración estará presta a verificar las acciones correspondientes”.

Asimismo, las oficinas de Jurídica y Financiera del Concejo Distrital, en los conceptos rendidos sobre la legalidad y viabilidad del reconocimiento del derecho a la reliquidación solicitada –por requerimiento expreso de **César Augusto Pión González**-, alertaron, además, sobre el condicionamiento de acceder a las peticiones de reajuste **“en la medida de lo posible financieramente”**, esto es, de acuerdo con la disposición de recursos del ente territorial para asumir el gasto producto de la reclamación, en el primer concepto.

En el segundo, luego de confirmar los valores a reconocer como reajuste en cada caso, y de cara al pago que entonces debería ordenarse, la directora financiera del Concejo Distrital claramente indicó: **“...por último, sugiere solicitar a la Alcaldía Distrital Certificado de Disponibilidad Distrital con el fin de soportar financieramente las reclamaciones y posterior pago”**.

Por lo expuesto, tales indicaciones confirman, sin duda, que si **César Augusto Pión González** y **Américo Elías Mendoza Quessep** no tenían conocimiento de la regulación en materia presupuestal por el cargo de concejales que desempeñaban para la época, pese a que era necesario para el ejercicio de sus funciones constitucionales, las denotadas misivas actualizaron ese conocimiento, al ponerles de presente, en términos claros, que era condición para otorgar

a los peticionarios la reliquidación de sus honorarios, inquirir previamente si el distrito tenía el respaldo financiero para asumir y pagar el gasto, por medio del certificado de disponibilidad presupuestal.

Requisito legal que deliberadamente pretermitieron los acusados, pues sin solicitar el certificado en comento ni cualquier otro requerimiento para conseguir las partidas presupuestales para pagar los reajustes, como lo afirmó Alberto Llamas Herrera, director Financiero de presupuesto de Cartagena, profirieron los actos administrativos, del 074 al 108, el 8 de marzo de 2012, con cargo a la vigencia fiscal de 2012, para luego conminar a la Alcaldía Distrital a pagar el rubro inmediatamente.

De otra parte, es claro que, si los procesados emitieron otros 35 actos administrativos el 4 de junio de 2012, para aclarar que el pago de los emolumentos reconocidos en las resoluciones del 8 de marzo de la citada anualidad se condicionaría al cumplimiento de las normas presupuestales, no es porque hubiesen obrado para corregir un error y en manera alguna exculpa su ilícito proceder, pues como se ha señalado, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 consagra que el aludido certificado debe requerirse antes de afectar las apropiaciones presupuestales, no después.

Ahora, sobre la aplicación de las sentencias T-098 de 2004 y C-179 de 2005, que demandan los recurrentes, vale aclarar que los temas abordados en estas aluden a discusiones diversas de las planteadas frente a los actos

administrativos emitidos el 8 de marzo de 2012. Ello, considerando que, en el primera de los pronunciamientos referidos, la Corte Constitucional decantó la necesidad de resolver el derecho fundamental de petición, por encima de que la accionada, habiendo gestionado el trámite del certificado de disponibilidad presupuestal, no contara con los recursos para hacer efectivo el pago de la acreencia solicitada.

De otro lado, en la sentencia C-179 de 2005, la citada Corporación, analizó la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994. Haciendo acercamiento al tema de los honorarios a los que se refieren los artículos 65 y 66 de esta última, para explicar que *“la labor de los concejales, aparte de su aspecto propiamente político, es también una forma remunerada de ejercicio del derecho al trabajo”*, mas no para dilucidar si el reconocimiento de estos rubros está exento de la exigencia legal de constatar la disponibilidad presupuestal, por medio del respectivo certificado, como lo entienden los apelantes.

Tampoco encuentra asidero el reparo del defensor de **Américo Elías Mendoza Quessep**, consistente en que el inciso 1º del artículo 71 del Decreto 111 de 1996, solo es aplicable a actividades contractuales.

A ese respecto, encuentra la Sala que la Ley Orgánica del Presupuesto consagró la disponibilidad presupuestal atada al proceso de ejecución de gastos, sin distinción alguna

de la situación que la origina. Ello, porque a través de mecanismos como la citada certificación, el operador preserva y dirige en forma adecuada las destinaciones del presupuesto frente a todo evento que le pueda ser de impacto, efecto práctico de lograr oportunamente la acreditación respecto del compromiso al que se pretenda acceder. En ese sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado puntualizó:

*“Esta Sala considera que **la obligación de contar con certificado de disponibilidad presupuestal para expedir actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales**, incluso los de naturaleza contractual, encuentran sustento en: i) El principio constitucional de legalidad del gasto público que gobierna el régimen presupuestal colombiano de conformidad con el art. 345 C.P., según lo analizado en este concepto. ii) Lo dispuesto en el inciso tercero del mismo art. 71 del EOP, **que establece de manera general -sin distinguir entre actos administrativos y procedimiento administrativo previo a la celebración de un contrato-** que “ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados”. iii) Finalmente, la citada obligación encuentra respaldo en la definición del “certificado de disponibilidad presupuestal” incorporado en el Decreto 568 de 1996, del cual se deduce que **todo compromiso que vaya a ser asumido por la administración debe estar respaldado por un certificado que garantice la existencia de recursos disponibles para el efecto y permita a la administración llevar un control de los recursos disponibles para adelantar otros compromisos**”³⁹.*

Por consiguiente, desacertado es deducir, a partir del literal normativo y del citado aparte jurisprudencial, que la acreditación de la disponibilidad está relacionada exclusivamente con la actividad contractual de la

³⁹ Consejo de Estado, concepto radicación 00129 de 25 de septiembre de 2018.

administración. Lo exigido por el legislador es que el operador del gasto tenga respaldo contable respecto de “*todos los actos administrativos*” que pretenda expedir, particularmente los que “*afecten el presupuesto*”. Indudablemente los aquí cuestionados, dado que reconocieron un derecho y derivado de éste impartieron una orden de pago que sería cubierta con los dineros del Distrito.

De ahí que, no haya duda, que la expresión “*manifiestamente contraria a la ley*”, según lo decantado por la Sala, se acomoda sin dificultad a los actos administrativos expedidos por **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza Quessep**, el 8 de marzo de 2012, ello, si en cuenta se tiene, fueron ajenas al error, a la confusión, a una particular interpretación y tampoco a la dificultad normativa, por el contrario, es evidente que, son producto del capricho y de la arbitrariedad.

5.4.5. Con respecto a la supuesta ausencia de antijuridicidad aducida por los recurrentes, dado que no existió detrimento patrimonial al erario del Distrito de Cartagena, sumado a lo expresado en precedencia, es del caso reiterar que el delito de prevaricato por acción, por el que se procede, se perfecciona y agota sin consideración de sus efectos ni la constatación de la ejecutoria o firmeza de la decisión, así como tampoco está atado a la realización de un detrimento patrimonial, puesto que lo relevante es el grave daño causado al bien jurídico de la Administración Pública.

Lo anterior en razón a que, a ella, le es fundamental el desempeño correcto de las instituciones, derivado del efectivo cumplimiento de los deberes y funciones de sus servidores, en particular al delegárseles la administración de los recursos públicos, propósito en el cual, el sistema normativo del presupuesto impone las reglas de obligado acatamiento.

Para el caso específico, pretender que el actuar de los procesados no tuvo aptitud ni entidad suficiente para afectar a la administración pública, no resulta válido, porque lo evidente es que de ella se sirvieron aquellos, como servidores públicos, para desconocer en las resoluciones del 8 de marzo de 2012 el orden constitucional y legal estrechamente ligado al manejo estricto del presupuesto, lo que desdice del buen funcionamiento de una administración pulcra, cuidadosa y precavida en el uso de las finanzas a ella confiadas.

De ahí que, la manifiesta contrariedad a la ley, deducida de las referidas resoluciones, a diferencia de lo sugerido por la defensa, gravita en que la orden de pago contenida en aquellas, se impartió habiendo desatendido la obligatoriedad prevista en la Ley Orgánica del Presupuesto, -artículo 71 del Decreto 111 de 1996. De forma tal, que los efectos que originan las decisiones administrativas aquí cuestionadas, en modo alguno pueden considerarse de “mínima lesividad”, en tanto que, evidencian la vulneración al sistema normativo presupuestal, los principios constitucionales que rigen el presupuesto, entre ellos el de legalidad.

5.4.6. Finalmente, en criterio de la Sala es improcedente la tesis de la defensa en el sentido de que, se considere el “principio de la insignificancia” respecto del actuar de los procesados y, que entonces pueda estimarse que la pena impuesta sea un mecanismo extremo, así como que deban analizarse métodos alternos como forma de retribución al daño causado. Sin duda que, dicho comportamiento no puede considerarse inofensivo porque pretendieron aquellos desviar del presupuesto, sin cumplir con los requisitos legales, la no despreciable suma de \$7.200.000.000.oo.

En efecto, la jurisprudencia Constitucional, en la sentencia C -233 de 2019, razonó sobre los alcances del derecho penal en el ámbito de la libertad de las personas respecto de algunas conductas. Pero igual, reflexionó en que los mecanismos alternativos deben responder a un estándar de efectividad importante frente al daño causado y el bien jurídico comprometido:

*“De esta suerte, el análisis constitucional de los principios de residualidad, subsidiariedad y de ultima ratio no se centra únicamente en establecer la existencia de mecanismos jurídicos alternativos de intervención, sino que involucra diferentes variables relacionadas con las cualificaciones de las demás herramientas jurídicas en términos de su accesibilidad, disponibilidad, idoneidad y eficacia, con el bien jurídico comprometido y su nivel de afectación, y con la gravedad y complejidad del fenómeno o problemática social de base. (...) **Así, entre mayor sea la importancia del bien jurídico, y entre mayor sea la gravedad del comportamiento dañoso, son mayores las potestades criminalizadoras, hasta el punto de que, frente a los comportamientos más nocivos desde la perspectiva constitucional, el Estado se encuentra obligado a optar por la vía penal.”** (las negrillas no son propias del texto original).*

Bajo ese panorama, en el caso en estudio, el bien jurídico de protección es de altísima sensibilidad, máxime que a sus servidores se les confían bienes de superior valía, entre otros, el ejercicio de la función pública y el manejo de los recursos públicos que, desconocidos ante la alteración maliciosa del ordenamiento jurídico, impactan en la transparencia de la institución y en la prestación del servicio. Sin dejar de mencionar la censura y desconfianza, que un obrar de tal naturaleza genera en la comunidad, la cual espera de sus representantes el cumplimiento de una labor sin tacha.

De manera que, contrario a considerar que el comportamiento delictivo desplegado por los acusados es de menor entidad, el mismo hace viable y justifica el tratamiento que la actual codificación penal contempla y que en ellos se hizo efectiva.

6. En consecuencia, la Sala comparte las consideraciones expuestas en el fallo recurrido, estando demostrado más allá de toda duda razonable que **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza Quessep** profirieron las resoluciones 074 a 108 del 8 de marzo de 2012, para reconocer en favor de 35 concejales y exconcejales, el pago de honorarios por la suma de \$7.200.000.000.00, por reajuste de los periodos 2001 a 2009, con manifiesto desconocimiento de la ley, en particular, el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996, lo que impone la necesidad de confirmar la sentencia impugnada.

CUI: 13001600112820120657501

NI: 61539

Impugnación

Américo Elías Mendoza Quessep y

César Augusto Pion González

Como quiera que contra esta sentencia no procede ningún recurso, se dispondrá que, por la secretaria, una vez notificadas las partes e intervinientes, se devuelva la actuación al despacho de origen.

Por lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias, mediante la cual condenó por primera vez en segunda instancia a **César Augusto Pión González y Américo Elías Mendoza Quessep**, como coautores del delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y Cúmplase



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

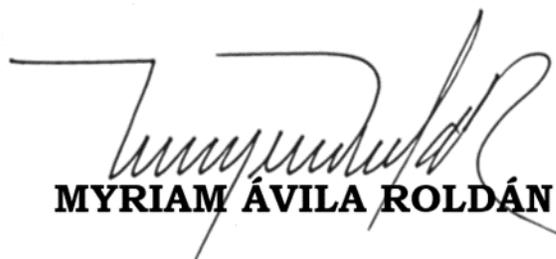
CUI: 13001600112820120657501

NI: 61539

Impugnación

Américo Elías Mendoza Quessep y

César Augusto Pion González



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

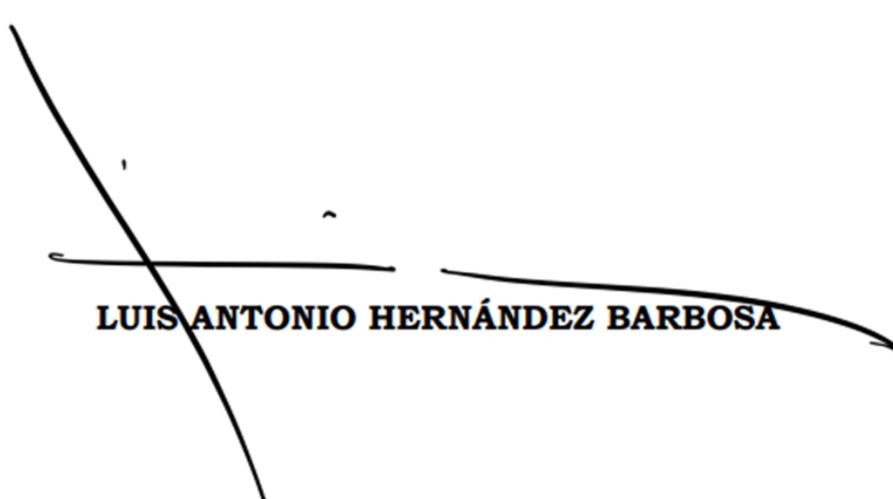
CUI: 13001600112820120657501

NI: 61539

Impugnación

Américo Elías Mendoza Quessep y

César Augusto Pion González



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria