

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
LEY 600 DE 2000

CAUSA: 2017-00005
SINDICADA: ANA MARÍA GUERRERO MORÁN
DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO
EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO
SUMARIO: 231
SENTENCIA: PRESCRIPCIÓN PARCIAL y CONDENA

Sentencia No. 012

Bogotá D. C. 24 de octubre de 2022.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra la togada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, por los delitos concursales de peculado por apropiación agravado, a título de determinadora, emite el Despacho la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

II. HECHOS

Con ocasión de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS) se asignó al Fondo de Pasivo Social de la misma (FONCOLPUERTOS), entre otras funciones, la de pagar las prestaciones sociales de extrabajadores y pensionados de la extinta compañía portuaria, entidad contra la cual se promovieron multitudes de peticiones administrativas, procesos laborales y acciones de tutela, orientadas a la cancelación de todo tipo de prestaciones legales o convencionales.

En medio de dicho entorno la abogada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, en representación de 18 exportuarios, radicó demandas para incoar causas ordinarias que culminaron en sentencias emitidas por los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura que condenaron a FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación, al ordenar la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de salarios moratorios y/o el reajuste de las mesadas pensionales; fallos que fueron objeto de pacto conciliatorio a través del acta 34 de 3 de abril de 1998, suscrito por la referida togada, dispuesto a ser cancelado mediante resoluciones administrativas individuales; esos pronunciamientos judiciales fueron posterior y mayoritariamente revocados en sede de consulta por los Tribunales Superiores de algunos Distritos Judiciales de este país.

III. IDENTIFICACIÓN DE LA PROCESADA

ANA MARÍA GUERRERO MORÁN se identifica con cedula de ciudadanía N° 29.222.084 expedida en Buenaventura (Valle del Cauca), nació en dicha localidad el 19 de octubre de 1949, tiene 73 años de edad; casada, pero separada de cuerpos; y tiene una hija. Es abogada de profesión.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

El 20 de mayo de 1999¹ se decretó abrir indagación previa y practicar las pruebas pertinentes.

La apertura formal de la instrucción se realizó el 11 de noviembre de 2004², cuando se dispuso aducir los medios cognitivos correspondientes.

El 28 de junio de 2007³, el 25 y 26 de noviembre de 2009⁴ y el 28 de febrero de 2011⁵, la acriminada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN rindió indagatoria.

Con proveído de 20 de junio de 2011⁶, se cerró la instrucción y se ordenó correr traslado respectivo a los sujetos procesales, decisión atacada horizontalmente y no repuesta el 6 de enero de 2012⁷.

De ahí que el pliego de cargos se profirió el 15 de abril de 2013⁸, con el cual se acusó a ANA MARÍA GUERRERO MORÁN como determinadora del punible de peculado por apropiación agravado, entre otras determinaciones; decisión ratificada horizontalmente el 10 de julio de 2013⁹.

No obstante, el 27 de marzo de 2014¹⁰ la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá decretó la nulidad de la resolución de acusación de primer grado.

Por medio de resolución de 30 de septiembre de 2015¹¹, el ente persecutor calificó el mérito del sumario y profirió pliego de cargos contra ANA MARÍA GUERRERO MORÁN a título de determinadora del delito de peculado por apropiación agravado. Además, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva. Igualmente se suspendieron provisionalmente los efectos jurídicos y económicos del acta 34 del 3 de abril de 1998.

Mediante providencia del 1 de abril de 2016¹² se dispuso no reponer el pliego de cargos.

El 25 de noviembre de 2016¹³, la Fiscalía 42 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en alzada el citado llamamiento a juicio dictado contra la acriminada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN como determinadora del delito de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y sucesivo por los 18 procesos judiciales ante los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura; oportunidad en la que **quedó en firme la acusación**.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado, se corrió el traslado del artículo 400 ritual y se celebró la audiencia preparatoria el 4 de mayo de 2017¹⁴, cuando se decretaron algunas pruebas.

¹ Folios 289 y ss, C.O. 1 del sumario.

² Folios 288 y ss, C.O. 2 del sumario.

³ Folio 107 y ss, C.O. 4 del sumario.

⁴ Folio 124 y ss, C.O. 6 del sumario.

⁵ Folio 182 y ss, C.O. 6 del sumario.

⁶ Folios 210, C.O. 6 del sumario.

⁷ Folios 233 y ss, C.O. 6 del sumario.

⁸ Folios 1 y ss, C.O. 7 del sumario.

⁹ Folios 146 y ss, C.O. 7 del sumario.

¹⁰ Folios 3 y ss, cuaderno segunda instancia.

¹¹ Folios 198 y ss, C.O. 7 del sumario.

¹² Folios 281 y ss, C.O. 7 del sumario.

¹³ Folios 4 y ss, cuaderno segunda instancia – confirma acusación.

¹⁴ Folios 10 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

El 16 de mayo de 2017¹⁵ mediante auto interlocutorio 17, se negó la solicitud impetrada por la defensora de la acriminada tendiente a declarar la nulidad de la audiencia preparatoria, decisión confirmada en alzada por el H. Tribunal Superior de Bogotá el 30 de agosto de 2017¹⁶.

En desarrollo de la vista pública, el 24 de julio de 2017¹⁷ fue interrogada la procesada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN.

La Audiencia Pública finalizó con la sesión del 2 de octubre de 2017¹⁸, cuando se escucharon los alegatos finales de los sujetos procesales.

Cabe aquí manifestar que sólo hasta este momento se emite el presente fallo, con respeto al orden de turnos de los casos que están en el Despacho para este fin, en razón de la seria congestión que afecta a este Estrado, derivada de las particularidades de cada caso, incluido el que aquí se analiza, así como de la alta complejidad de los asuntos asignados al Juzgado, sumado a que a pesar de que se solicitó oportunamente en reiteradas ocasiones a la autoridad competente de la Judicatura el apoyo con medidas de descongestión que viabilizaran morigerar tal situación, no se recibió respuesta afirmativa sino hasta el segundo semestre del año 2020, cuando se contó con la medida de descongestión de asignar a este Estrado un oficial mayor para proyectar sentencias entre el 03 de agosto y el 11 de diciembre de 2020, a lo que se suma que se recibió nueva medida de descongestión de mismas características, la cual rigió entre el 15 de marzo y el 10 de diciembre de 2021, sin que estas medidas tuviesen las dimensiones y alcances que se requerían para superar por completo esa situación que aún persiste.

V. LA ACUSACIÓN

1. Primera instancia.

Como se dijo, con proveído de 30 de septiembre de 2015, la Fiscalía 3^a Delegada perteneciente a la Unidad Nacional anticorrupción Estructura de Apoyo para FONCOLPUERTOS, calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra de ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, como presunta determinadora del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, entre otras determinaciones ya reseñadas.

El ente acusador estimó que el comportamiento de la acriminada consistente en actuar como togada de múltiples exportuarios, para lograr a su favor acuerdo conciliatorio 34 del 3 de abril de 1998, donde se acordó pagar sentencias emitidas por los Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura, convenio que fue pagado mediante resoluciones administrativas del 6 de abril de 1998, con los cuales se convino y pagó de manera ilegal la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional, el pago de indemnización moratoria, honorarios e intereses con fundamento la reliquidación general de prestaciones sociales; configura el delito de peculado por apropiación agravado.

Al respecto, señaló que los factores acordados, como la reliquidación general de las prestaciones sociales, así como la omisión del grado jurisdiccional de consulta, son irregulares al carecer de sustento fáctico y jurídico, toda vez que contraría la legislación laboral y las convenciones colectivas vigentes para la época del retiro de cada uno de los extrabajadores beneficiarios de los mismos, máxime cuando los

¹⁵ Folios 41 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

¹⁶ Folios 6 y ss, C.O. 1 Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal.

¹⁷ Folios 92 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

¹⁸ Folios 107 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

referidos beneficiarios del pacto conciliatorio fueron debidamente liquidados en sus prestaciones sociales al momento de su retiro.

Finalmente, adujo que la responsabilidad a título de dolo de la acusada está acreditada por cuanto era conocedora de la referida ilegalidad; y, aun así, voluntariamente decidió acudir ante la administración pública mediante reclamaciones administrativas, así como a través de pacto conciliatorio, sin sustento jurídico ni fáctico, motivo por el cual deberá responder por el reato de peculado por apropiación agravado.

2. Segunda instancia.

En alzada, el 25 de noviembre de 2016, la Fiscalía 42 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la providencia de primer grado proferida contra la acriminada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN como determinadora del delito de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Descartó la prescripción de la acción penal, ya que si bien es cierto las sentencias de los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura se emitieron en 1995 y 1996, no menos cierto resulta que la conducta se siguió realizando con el pacto conciliatorio 34 de 3 de abril de 1998 y las sendas resoluciones administrativa de 6 de abril de 1998 y 14 de abril de 1998, sumado a que los fallos referidos fueron revocados en sede de consulta entre los años 2011 y 2005.

Además estimó que se configura el punible de peculado por apropiación al erogarse el peculio estatal por conceptos laborales sin sustento fáctico ni jurídico como la prima sobre prima, dobles pagos y la omisión del grado de consulta, el cual fue cometido en calidad de determinadora, aclarando que se está ante un concurso homogéneo y sucesivo por los 18 procesos que adelantó la profesional del derecho, con los cuales se obtuvo pacto conciliatorio y las consecuentes resoluciones administrativas.

VI. ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

Los sujetos procesales que intervinieron en la diligencia de audiencia pública presentaron los alegatos conclusivos que se sintetizan en los siguientes términos:

1. La Fiscalía.

El ente acusador deprecó fallo condenatorio en contra de GUERRERO MORÁN, toda vez que conforme a las pruebas que obran dentro del expediente se tiene certeza de las conductas punibles y de la responsabilidad de la procesada.

Aclaró que en desarrollo del principio de *non reformatio in peius*, la Fiscalía delegada en este asunto se mantiene con la adecuación típica del punible de peculado por apropiación agravado consumado, y no del encuadramiento concursal.

Luego de enunciar los antecedentes que conllevaron a la presente investigación, sostuvo que la abogada GUERRERO MORÁN, en representación de 18 extrabajadores, acordó con FONCOLPUERTOS el pago de sumas ilegales a través del acta de conciliación 34 de 3 de abril de 1998 que reconoció la reliquidación de prestaciones sociales, las diferencias y reajustes pensionales, el salarios moratorios, sobre la base de sentencias promovidas ante los Juzgados 1 y 2

Laborales del Circuito de Buenaventura, actuaciones que posteriormente fueron pagadas por resoluciones administrativas.

Aseveró que hubo irregularidades al no encontrarse los poderes que soportan las actuaciones; que se revocaron en su integridad las sentencias consultadas por ser contrarias a derecho; que las demandas judiciales no cumplieron con los preceptos del canon 25 del CPL; y, que a todos los beneficiarios del acta en su debido momento la empresa les pagó en forma adecuada las prestaciones sociales, las cesantías definitivas y las pensiones de jubilación, según consta en las liquidaciones y tarjetas de pagos.

Concluyó indicando que del acervo probatorio se desprende el conocimiento que tenía la acriminada acerca de la ilicitud de lo reclamado, comprensión que la llevó voluntariamente a realizar las actuaciones tendientes a obtener reclamaciones laborales ilícitas, así como su pago en el marco del desfalco de FONCOLPUERTOS, determinando a los servidores públicos que disponían del erario en cuantía superior a 200 SMLMV, configurándose el punible de peculado por apropiación agravado.

2. La Parte Civil.

El representante de la UGPP imploró sentencia condenatoria.

Estimó adecuada la decisión de segunda instancia del ente acusador que mantuvo incólume la imputación con la agregación del concurso homogéneo y sucesivo.

Luego de relatar los hechos y detallar el contexto de desfalco de FONCOLPUERTOS, sostuvo que la togada GUERRERO MORÁN representó a 18 exportuarios, obteniendo prebendas ilegales mediante actuaciones con apariencia de legalidad que generaron una afectación al patrimonio del Estado mediante.

Además, sostuvo que no son exculpatorias las alegaciones en torno de que como abogada ejercía su profesión ante las autoridades con habilitación legal; o que era confuso el grado de consulta, a lo que agregó que debe denegarse la prescripción en caso de solicitarse, porque el punible es agravado por la cuantía.

Remató pidiendo se ordene lo pertinente al pago de perjuicios, al restablecimiento del derecho y la declaratoria sin efectos de las actuaciones investigadas.

3. La Defensa.

3.1. Defensa material.

La acriminada sostuvo que los procesos laborales se tramitaron en legal forma y en tiempos razonables; que presentó las demandas laborales con base en documentos presentados por los poderdantes; que en esa época la consulta no era obligatoria; y que la posterior revocatoria de las sentencias no se puede afirmar la comisión de un delito.

3.2. Defensa técnica.

La protectora técnica de la acusada pidió sentencia absolutoria, toda vez que estimó no se acredita la certeza de la materialidad y la responsabilidad de su prohijada.

Indicó que la Fiscalía delegada hizo una interpretación genérica y equívoca, comoquiera que no dice a quién indujo ni cómo se produjo la determinación, más

aun cuando su defendida con su actuación no generó la resolución definitiva de cometer un delito, ni tampoco fue un comportamiento incidente, sumado a que no se indicó la comunicación entre determinador y determinado, ni mucho menos las circunstancias en que se cometió la supuesta determinación.

Adujo que el ente acusador desacertadamente pretende derivar la determinación de la suscripción de un acta de conciliación, cuando su fundamento jurídico deviene de fallos judiciales adelantados debidamente bajo el debido proceso, más aun cuando la conciliación fue sugerida por FONCOLPUERTOS.

Además aseveró que la Fiscalía formuló argumentaciones genéricas e inferencias sin sustento y ligeras, por lo que no es posible concluir que su defendida indujo para suscribir un acta ilegal, a lo que agregó que no hubo ausencia de poderes ni mucho menos se probó el dolo.

Igualmente dijo que en las liquidaciones no se reconoce indexación alguna como lo sostiene la Fiscalía, sumado a que afirmó que dentro de los deberes del abogado ninguno tiene que ver con la verificación de los hechos y pretensiones de la demanda, los cuales serán objeto controversia procesal.

Finalmente adujo que el delito de peculado es de ejecución instantánea al materializarse el acto de disposición de la cosa, por lo que en el presente caso se consumó con las sentencias de primera instancia que datan de 1995 y 1996, y, en consecuencia, al quedar ejecutoriada la resolución de acusación el 25 de noviembre de 2016, transcurrieron más de 20 años, quedando prescrita las acciones penales.

VII. CONSIDERACIONES

Visto que el presente caso se encuentra para emitir sentencia de primer grado y versa sobre la probable comisión de las conductas punibles de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo y sucesivo en las condiciones de la acusación conformada por pronunciamiento de primer y segundo grado, de conformidad con lo establecido en los artículos 77 y 83 del CPP y el Acuerdo PSAA13-9987 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de septiembre de 2013, mediante el cual se asigna el conocimiento exclusivo para adelantar procesos en temas de FONCOLPUERTOS, este Despacho está habilitado para pronunciarse de fondo sobre el particular.

De conformidad con el artículo 232 adjetivo, para emitir fallo condenatorio se requiere que obre en el proceso prueba que conduzca tanto a la certeza del hecho punible como de la responsabilidad de la procesada, de suerte que acorde a los cánones 29 superior y 7° instrumental, toda duda al respecto debe resolverse en razón de la presunción de inocencia a favor de la misma.

Empero, de cara al principio de prioridad y a la necesidad de resolver algunos tópicos que planteados en los alegatos finales de la vista pública, es menester decidir en primer lugar lo pertinente a los cuestionamientos realizados por los sujetos procesales en torno de la vigencia de la acción penal por la supuesta operancia de la prescripción de la acción penal, ya que en el evento de prosperar desencadenaría la cesación de procedimiento y se haría totalmente inviable pronunciarse en torno de los tópicos centrales de la sentencia.

1. Sobre la prescripción de la acción penal y la violación del principio *non reformatio in pejus*.

En audiencia pública, el representante judicial de ANA MARÍA GUERRERO MORÁN peticionó la declaratoria de la prescripción de la acción penal, toda vez que, según su dicho, transcurrieron más de 20 años desde la fecha de los hechos, esto es, la emisión de las sentencias judiciales emitidas por los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura datadas entre 1995 y 1996, hasta la ejecutoria de la resolución de acusación el 25 de noviembre de 2016.

Para resolver el punto relativo a la declaratoria de prescripción de la acción penal, observa el Despacho que en el momento en que la defensa rogó la declaración de tal causal extintiva de la facultad investigativa, enjuiciatoria y sancionatoria del Estado, lo hizo por la totalidad de los hechos objeto de juicio acogiéndolos como un hecho unitario y no como un conjunto de hechos independientes teniendo como respaldo la presunción de la validez de la calificación jurídica, máxime cuando el ente acusar le endilgó el reato concursal de peculado por apropiación agravado.

En este punto, se advierte que si bien es cierto la Fiscalía delegada en sus alegatos presentenciales sostuvo ceñirse a la adecuación típica de peculado por apropiación sin la agregación concursal, no menos cierto resulta que dichas manifestaciones no modifican la imputación jurídica realizada en el pliego de cargos, y, por ende, no vinculan a este Estrado, a lo que se agrega que este Despacho estima adecuada la imputación realizada por el ente acusador de segundo grado, calificación que sujeta el presente juicio, sin que perciba que dicho superior funcional hubiere violado la garantía *non reformatio in pejus*, pues no agregó hechos nuevos ni tampoco desconoció para incrementar los analizados en primer nivel, habida cuenta de que lo único que hizo fue precisar objetiva y expresamente que se trataba de una modalidad concursal de presuntos ilícitos peculadores, lo cual no rebasa el plexo fáctico escrutado por la primera instancia ni tampoco coloca a la acriminada en una situación más gravosa como recurrente única.

En esa medida, se analizará de manera individualizada cada comportamiento para establecer la procedencia de la aludida prescripción de la acción penal.

Observa el Despacho que las reglas 83, 84 y 86 del CP regulan la figura de la prescripción de la acción penal, y establecen que ésta se materializa en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la Ley, y que en las conductas punibles que sólo alcancen el grado de tentativa, el lapso respectivo comenzará a correr desde la perpetración del último acto. En cuanto a la interrupción del término prescriptivo, el canon 86¹⁹ del CP establece que éste se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

Acerca de la firmeza de las providencias, el mandato 187 del CPP indica:

“Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes. La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente”.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de marzo de 2006, Radicado 24300, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. “6. Con base en lo anterior, el artículo 6 de la ley 890 del 2004 debe ser concebido como modificadorio en lo relacionado con los asuntos tramitados por el sistema procesal de la ley 906 del 2004 (...) Pero para el procedimiento regido por la Ley 600 del 2000, el artículo 86 de la Ley 599 del 2000 aplicable es el original, esto es, no lo cubija aquella modificación.”.

Frente al caso concreto se advierte que para la época de los hechos relativos a la representación de los exportuarios JOSÉ MARÍA CIFUENTES PERLAZA, ALBERTO MOY VARGAS, BACILIO ARCE MOSQUERA, ROSALINO MONTAÑO, CÉSAR EMILIO BEDOYA MARTÍNEZ, MANUEL DOLORES SAYUST SÁNCHEZ, ULADISLAO MOSQUERA ALEGRÍA, AMBROSIO ORDÓÑEZ CASTILLO, REGULO RODRÍGUEZ MONTAÑO, LUIS FELIPE MURILLO, JOSÉ RAFAEL DÍAZ y IGNACIO VIVEROS SÁNCHEZ, regía el Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, en lo que toca a los punibles de peculado por apropiación; empero, el artículo original 397 del CP actual es el que debe aplicarse a este caso por favorabilidad, visto el tope máximo de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes que consagra para la sanción pecuniaria, límite que no traía la anterior preceptiva.

Bajo este entendido, la letrada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN fue acusada por los delitos concursales de peculado por apropiación en la calidad de determinadora. Dicho punible basilar comporta sanción de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses, la cual también es imponible al determinador acorde al canon 23 del extinto código represor y 30 del vigente. La legislación sustantiva prevé que si lo apropiado supera el valor de 200 SMLMV, la pena se aumentará hasta en la mitad, y en el presente caso lo apropiado de conformidad con la acusación supera dicho monto respecto de las conductas relativas a JOSÉ MARÍA CIFUENTES PERLAZA, ALBERTO MOY VARGAS, BACILIO ARCE MOSQUERA, ROSALINO MONTAÑO, CÉSAR EMILIO BEDOYA MARTÍNEZ, MANUEL DOLORES SAYUST SÁNCHEZ, ULADISLAO MOSQUERA ALEGRÍA, AMBROSIO ORDÓÑEZ CASTILLO, REGULO RODRÍGUEZ MONTAÑO, LUIS FELIPE MURILLO, JOSÉ RAFAEL DÍAZ y IGNACIO VIVEROS SÁNCHEZ. De forma que los nuevos extremos punitivos, de acuerdo con la regla 60 del CP, serán de 72 a 270 meses de prisión.

Por tanto, el término máximo de sanción privativa de la libertad imponible en el presente caso, que es el que gobierna el lapso prescriptivo de la acción penal, es de 270 meses, que equivalen a 22 años y 6 meses, lapso que de acuerdo con el límite del canon 83 del CP se reduce a 20 años.

Visto que en este caso la ejecutoria de la resolución de acusación se cristalizó el 25 de noviembre de 2016, y que el lapso prescriptivo corresponde a 20 años, no ofrece duda que al aplicar hacia el pasado esta cifra, se arriba al 25 de noviembre de 1996, fecha para la cual aún no se habían concretado temporalmente todas las actuaciones desplegadas por la procesada, de donde emerge que para que en este caso se hubiere materializado el fenómeno de la prescripción, era necesario que la acriminada hubiese llevado a cabo el último accionar materia de imputación, al menos un día antes del 25 de noviembre de 1996.

En efecto, los hechos indicados por la Fiscalía y por el material probatorio, contrario a lo expuesto por la defensa, datan realmente del año 1998, cuando se expidieron las sendas resoluciones administrativas de fechas 6 de abril de 1998 y 14 abril de 1998, que pagaron el acta 34 de 3 de abril de 1998, que concilió los 18 fallos emitidos entre 1995 y 1996 por los Juzgado 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura, por manera que si en gracia de discusión se calcula hacia adelante con base en tales fechas el lapso de prescripción de 20 años, no cabe hesitación en cuanto que éste no había vencido para el 25 de noviembre de 2016, momento cuando cobró ejecutoria el pliego acusatorio, de donde emerge claro que el decurso temporal prescriptivo quedó interrumpido en tales calendas.

Entonces, el 25 de noviembre de 2016 se interrumpió el lapso prescriptivo de la acción penal y, por tanto, comenzó a correr de nuevo el término por la mitad del tiempo, esto es, 10 años, el cual culmina en esta fase de juicio al cabo del 25 de noviembre de 2026.

De acuerdo con lo expuesto, el Despacho advierte que la pretensión de la defensa carece de asidero, y, por ende, el Juzgado negará la solicitud elevada en este sentido por la defensa de la señora ANA MARÍA GUERRERO MORÁN en lo que tiene que ver con las conductas investigadas relativas a los extrabajadores JOSÉ MARÍA CIFUENTES PERLAZA, ALBERTO MOY VARGAS, BACILIO ARCE MOSQUERA, ROSALINO MONTAÑO, CÉSAR EMILIO BEDOYA MARTÍNEZ, MANUEL DOLORES SAYUST SÁNCHEZ, ULADISLAO MOSQUERA ALEGRÍA, AMBROSIO ORDÓÑEZ CASTILLO, REGULO RODRÍGUEZ MONTAÑO, LUIS FELIPE MURILLO, JOSÉ RAFAEL DÍAZ y IGNACIO VIVEROS SÁNCHEZ.

No obstante, se aprecia que el fenómeno de la prescripción se materializó parcial y únicamente respecto de las conductas atribuidas a ANA MARÍA GUERRERO MORÁN en lo que tiene que ver con los comportamientos concernientes a MARINA CENELIA HERRERA, MARÍA ANGULO DE V., GILBERTO PORTOCARRERO, WILFRIDO MOSQUERA DURÁN, JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO VALLECILLA y LAURO RIASCOS RIASCOS, y, por ende, apareja la inviabilidad de estudiar la responsabilidad acerca de los mismos. Por ello el Despacho seguidamente decidirá lo pertinente.

De acuerdo con lo acreditado y la resolución de acusación, los hechos que sustentan estos cargos y que serán objeto de la declaración de prescripción son los siguientes acorde a los argumentos que pasan a explicitarse.

Se encuentra demostrado que los exportuarios MARINA CENELIA HERRERA, MARÍA ANGULO DE V., GILBERTO PORTOCARRERO, WILFRIDO MOSQUERA DURÁN, JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO VALLECILLA y LAURO RIASCOS RIASCOS, entre otros, confirieron mandatos a la togada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, con los cuales se presentaron demandas laborales que culminaron en sentencias proferidas por Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura que condenaron a FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación, al ordenar la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de salarios moratorios y/o el reajuste de las mesadas pensionales; fallos que fueron objeto de pacto conciliatorio a través del acta 34 de 3 de abril de 1998, suscrita por la referida togada GUERRERO MORÁN en representación de los mencionados exportuarios, y otros más, ordenados cancelar mediante resoluciones administrativas individuales, y que fueron posteriormente revocados en sede de consulta por los Tribunales Superiores de algunos Distritos Judiciales de este país.

En efecto, esas reclamaciones obtuvieron las siguientes sentencias, varias de las cuales fueron sometidas al grado de consulta y fueron objeto del pacto conciliatorio 34 de 1998, a saber:

| | Demandante | Juzgado, fecha y conceptos reconocidos | Decisión del Tribunal |
|---|---|---|--|
| 1 | Marina Cenelia Herrera de Moreno (sustituta de Olsner Tulio Moreno Barrera) | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 22 de noviembre de 1995 ²⁰ que ordenó el reajuste pensional y el pago de diferencias pensionales, con fundamento en que se omitió incluir en la liquidación del último año las vacaciones por valor de \$2.673,52 | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 31 de julio de 2002 ²¹ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que según el canon 127 numeral 6 convencional las vacaciones no son factor salarial para liquidar la pensión. |
| 2 | María Angulo de Viafara (sustituta de Manuel E. Viafara Granja) | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 30 de noviembre de 1995 ²² que ordenó el reajuste pensional y el pago de diferencias pensionales, con fundamento en que se omitió incluir en la | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 18 de julio de 2002 ²³ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de |

²⁰ Folios 65 y ss, C.O. 1 del sumario.

²¹ Folios 204 y ss, C.O. 3 del sumario.

²² Folios 85 y ss, C.O. 1 del sumario.

²³ Folios 209 y ss, C.O. 3 del sumario.

| | | | |
|---|------------------------------------|---|--|
| | | liquidación del último año la prima proporcional de servicios por valor de \$13.383,26 | primera instancia se extralimitó en sus funciones, ya que no se encontraba probado con certeza que no se incluyeron todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios, sumado a que acorde con el artículos 139 y 140 convencionales las primas de servicios no son salario ni se computan como factor salarial a efectos pensionales. |
| 3 | Gilberto Portocarrero | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 23 de noviembre de 1995 ²⁴ que ordenó el reajuste pensional y el pago de diferencias pensionales, con fundamento en que se omitió incluir en la liquidación del último año las vacaciones al retiro por \$111.592 y la prima proporcional de antigüedad por valor de \$25.732,3 | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 18 de julio de 2002 ²⁵ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que no se aportaron los textos completos de las CCT. |
| 4 | Wilfredo Mosquera Durán | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 17 de enero de 1996 ²⁶ que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en lo correspondiente a la bonificación de cumplimiento. | El Tribunal Superior de Pereira mediante decisión de 23 de julio de 2004 ²⁷ revocó el fallo del <i>a quo</i> en lo que tiene que ver con el reajuste de cesantías, con fundamento en que a pesar de ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de primera instancia condenó por la reliquidación de las cesantías al incluir indebidamente la bonificación de cumplimiento, cuando no era factor salarial. No obstante, estimó adecuada la condena por indemnización moratoria. |
| 5 | Juan de la Cruz Montaña Vallecilla | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 26 de septiembre de 1995 ²⁸ que ordenó el reajuste pensional y el pago de diferencias pensionales, con fundamento en que se omitió incluir en la liquidación del último año las vacaciones al retiro por valor de \$97.923,31 | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 31 de julio de 2002 ²⁹ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que según el canon 131 numeral 6 convencional, las vacaciones no son factor salarial para liquidar la pensión de jubilación, a lo que agregó que tampoco la prima de servicios. |
| 6 | Lauro Riascos Riascos | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 21 de septiembre de 1995 ³⁰ que ordenó el reajuste pensional y el pago de diferencias pensionales, con fundamento en que se omitió incluir en la liquidación del último año la prima proporcional de servicios por valor de \$5.349 | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 31 de julio de 2002 ³¹ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de primera instancia se extralimitó en sus funciones, ya que no se encontraba probado con certeza que no se incluyeron todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios. Adicionalmente, sostuvo que la CCT aportada no era la aplicable dado que la fecha de retiro data de 1982, y el documento allegado entró en vigencia en 1983, a lo que agregó que en gracia de discusión si fuese aplicable el texto, el mismo señala que la prima de servicio no son salario ni se computan como factor salarial en ningún caso (artículo 139). |

En esa medida, el acta 34 de 3 de abril de 1998 fue pagado mediante las siguientes resoluciones administrativas respecto de los referidos beneficiarios:

²⁴ Folios 96 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁵ Folios 233 y ss, C.O. 3 del sumario.

²⁶ Folios 173 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁷ Folios 11 y ss, C.O. 4 del sumario.

²⁸ Folios 189 y ss, C.O. 1 del sumario.

²⁹ Folios 250 y ss, C.O. 3 del sumario.

³⁰ Folios 202 y ss, C.O. 1 del sumario.

³¹ Folios 257 y ss, C.O. 3 del sumario.

| | Demandante | Resoluciones administrativas | Valor | Estado jurídico de la resolución de pago y la resolución que revoca o suspende ³² |
|---|------------------------------------|---|---|--|
| 1 | Marina Cenelia Herrera | 337 ³³ de 6 de abril de 1998 | \$4.900.000 (24,04 SMLMV de 1998). | Revocada 1340 de 2 de diciembre de 2004 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 2 | María Angulo de V. | 336 ³⁴ de 6 de abril de 1998 | \$4.200.000 (20,60 SMLMV de 1998). | Revocada 51 de 3 de febrero de 2006 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 3 | Gilberto Portocarrero | 335 ³⁵ de 6 de abril de 1998 | \$7.300.000 (35,81 SMLMV de 1998). | Sin efectos. No se indica resolución. |
| 4 | Wilfrido Mosquera Durán | 331 ³⁶ de 6 de abril de 1998 | \$6.100.000 (29,92 SMLMV de 1998). | Revocada 1012 de 13 de diciembre de 2006 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 5 | Juan de la Cruz Montaña Vallecilla | 330 ³⁷ de 6 de abril de 1998 | \$34.200.000 (167,79 SMLMV de 1998). | Revocada 1049 de 20 de octubre de 2005 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 6 | Lauro Riascos Riascos | 487 de 14 abril de 1998 ³⁸ | \$5.400.000 (26,49 SMLMV de 1998). | Sin efectos. No se indica resolución. |

Mediante la resolución 949 del 28 de abril de 1998³⁹ del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se reconocieron las sentencias y conciliaciones judiciales como deuda pública de la Nación y se ordenó su pago a través de TES Clase B a favor de ANA MARÍA GUERRERO MORÁN por el monto de \$889.900.000.

Vale señalar que si bien es cierto el beneficiario Lauro Riascos Riascos aparece relacionado en el cuerpo del acta 34, no menos cierto resulta que no fue incluido en el pago de la resolución 949 de 28 de abril de 1998, más sé en la ya relacionada resolución 487 de 1998.

No se tiene demostrado que se les haya modificado efectivamente la mesada pensional a los exportuarios referidos como consecuencia de las sentencias, acta y resoluciones administrativas investigadas, tal como se evidencia del informe GPSPC-ASNP 415 de 30 de agosto de 2010⁴⁰ del extinto GIT del Ministerio de la Protección Social.

Volviendo al asunto de la especie, se detalla que para la época cuando se materializaron los hechos relativos a las sentencias pagadas por las **resoluciones 331, 335, 336 y 337 de 6 de abril de 1998 y 487 de 14 abril de 1998**, se considera que si bien es cierto la preceptiva aplicable para el peculado por apropiación sería el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el mandato 19 de la Ley 190 de 1995, norma vigente por entonces, la cual fue reproducida en su integridad por el precepto 397 original del CP, con una variación que hace a esta última más

³² Folio 70 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

³³ Folios 60 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁴ Folios 73 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁵ Folios 92 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁶ Folios 169 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁷ Folios 185 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁸ Folios 197 y ss, C.O. 1 del sumario.

³⁹ Folios 171 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴⁰ Folios 146 y ss, C.O. 6 del sumario.

benéfica que la anterior, ya que establece que si lo apropiado no supera los 50 SMLMV se trata de un **peculado por apropiación atenuado** cuya sanción privativa de la libertad fluctúa entre 4 y 10 años, igualmente imponible al determinador acorde al artículo 23 del extinto código punitivo y 30 del actual, límites inferiores a los que existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la Ley 190 de 1995 que comportaba una disminución de la mitad a las tres cuartas partes del comportamiento básico allí establecido. Por ello, no emerge duda en cuanto que el aparte sustantivo pertinente es el artículo 397 primigenio de la citada Ley 599 inciso 3, y que el lapso prescriptivo de la acción penal en etapa de sumario es de 10 años, y en la de causa de 5 años.

Y de cara a la conducta endilgada por la respectiva sentencia y la **resolución 330 de 6 de abril de 1998**, sobre la preceptiva sustancial acabada de relacionar en su inciso 1, el **peculado por apropiación simple** comporta sanción privativa de la libertad de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses, la cual también es imponible al determinador acorde al canon 23 del extinto estatuto represor y 30 del vigente. El canon 397 original establece para el peculado por apropiación simple, esto es, cuando no se superan los 200 SMLMV como aconteció frente al asunto del señor JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO VALLECILLA, la pena de 6 a 15 años de prisión, de modo que el término prescriptivo de la acción penal en fase de instrucción es de 15 años y en la de juicio de 7,5 años.

Dado que en este evento, como ya se indicó, la ejecutoria de la resolución de acusación se cristalizó el 25 de noviembre de 2016, y que el lapso prescriptivo en estos asuntos corresponde a 15 o a 10 años en etapa de investigación, según el caso, no ofrece duda que al aplicar hacia el pasado estas cifras, se arriba al 25 de noviembre de 2001 y de 2006, momentos para los cuales ya se habían concretado y perpetrado las últimas actuaciones de parte de la procesada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN respecto a estos hechos relacionados con los pagos de las sentencias a los referidos beneficiarios del acta 34 de 3 de abril de 1998 y de las resoluciones administrativas señaladas fechadas el 6 de abril de 1998 y el 14 abril de 1998, sumado a que no se acreditó que las conductas concernientes a las actuaciones aquí abordadas tuvieron repercusiones dilatadas en el tiempo más allá de lo señalado.

Por ello es claro para el Despacho que se materializó respecto de estos comportamientos peculadores simple y atenuados consumados, el fenómeno de la prescripción de la acción penal en fase sumarial.

En efecto, para el 25 de noviembre de 2016, ya habían transcurrido más de 15 y 10 años, desde cuando los comportamientos produjeron las repercusiones económicas sin ocasionar ninguna otra, y no se logró interrumpir el lapso prescriptivo antes de que el mismo venciera con la firmeza de la acusación. Por ello, expiró la acción penal respecto de estas supuestas actuaciones delictivas en la etapa investigativa concernientes a los beneficiarios MARINA CENELIA HERRERA, MARÍA ANGULO DE V., GILBERTO PORTOCARRERO, WILFRIDO MOSQUERA DURÁN, JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO VALLECILLA y LAURO RIASCOS RIASCOS, representados por la procesada GUERRERO MORÁN, correspondiendo a este Despacho efectuar la correspondiente declaración y adoptar la consecuente cesación de procedimiento según el canon 39 ritual.

Igualmente, vale señalar que a pesar de que la prescripción de la acción penal operó respecto de los hechos acabados de escrutar, ello no es óbice para estudiar su

tipicidad y antijuridicidad con miras a establecer la viabilidad de adoptar medidas enderezadas al restablecimiento del derecho, que se abordarán más adelante.

2. De los cargos materia de acusación y la normatividad sustantiva aplicable.

Procede el Juzgado a establecer si en el asunto que se escruta militan en el paginario los elementos suasorios necesarios e idóneos que a voces del mandato 232 litúrgico, conducen a la certeza acerca de la conducta punible y la responsabilidad de la procesada, o si en su defecto es la duda la que impera, para que se abra paso respectivamente un fallo de talante condenatorio o absolutorio.

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra la procesada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, una vez restringida la imputación a las conductas respecto de las cuales no feneció la acción penal, corresponde a la supuesta comisión de los delitos concursales de peculado por apropiación agravado, en el grado de determinadora, derivado de los montos pactados y reconocidos por FONCOLPUERTOS a través del acta de conciliación 34 de 3 de abril de 1998, donde representó a **12 exportuarios**, que dispuso el pago de sendos fallos dictados por los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura, que reconocieron la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensional e indemnización moratoria con fundamento en conceptos sin sustento jurídico ni fáctico, acuerdo que fue pagado mediante las resoluciones administrativas.

La mayoría de las referidas sentencias fueron revocadas posteriormente por los Tribunales Superiores de los distintos Distritos Judiciales.

Como ya se anunció, habida consideración de la época en que se desarrollaron los comportamientos a partir de los cuales la Fiscalía edifica la acusación, y de cara al principio de legalidad descrito en el canon 6° de la Ley 599 del 2000, la normatividad aplicable para el peculado por apropiación agravado consumado sería el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, norma vigente por entonces, la cual fue reproducida en su integridad por el artículo original 397 del CP, con una variación que hace a esta última más benéfica que la anterior, ya que establece que si lo apropiado supera los 200 SMLMV, la sanción pecuniaria no puede exceder los 50.000 SMLMV, tope que no existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la citada Ley 190. Así, frente al principio de favorabilidad, la norma aplicable a este asunto es el artículo primigenio 397 del actual CP, el cual dispone:

“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 fondo parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Finalmente, es de anotar que a la acriminada se le endilgan punibles de peculado por apropiación consumados, en concurso homogéneo y sucesivo, por ello se advierte la pertinencia del canon 31 del CP, que establece:

“CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su

naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

3. De las pruebas y lo acreditado en el plenario.

Existiendo claridad en torno de los señalamientos delictuales edificados contra la procesada, el Juzgado establecerá de acuerdo con el material suasorio obrante en el expediente lo que se halla probado.

Se tiene acreditado que la abogada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN recibió poderes por parte de **12 extrabajadores portuarios** para iniciar, mediante demandas, procesos ordinarios laborales contra COLPUERTOS para reclamar diversos conceptos laborales.

Es así como se aprecia que los poderes recibidos por la togada GUERRERO MORÁN condujeron a la elaboración individual de las demandas de cara a las pretensiones de todos esos 12 extrabajadores, produjeron los respectivos trámites judiciales ordinarios junto a las sentencias de primer grado respectivas favorables para sus procurados por parte de los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura; situaciones de la que emerge con plena claridad que se trató de un concurso material de delitos.

De todas esas gestiones como profesional del derecho, sumada a la actividad en el cobro de dichos pronunciamientos judiciales ante la autoridad administrativa, obtuvo la orden de pago de dichas providencias a través de pacto conciliatorio y resoluciones administrativas, como a continuación se expone.

Entonces, reclamaciones obtuvieron las siguientes sentencias favorables para sus defendidos por parte de los Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura, las cuales no fueron discriminadas ni tampoco detalladas por la Fiscalía:

| | Demandante | Juzgado, fecha y conceptos reconocidos | Decisión del Tribunal |
|---|------------------------------|--|---|
| 1 | José María Cifuentes Perlaza | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 25 de septiembre de 1995 ⁴¹ que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado para liquidar las cesantías definitivas. | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 15 de julio de 2002 ⁴² revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que la parte demandante no demostró que los días fueron injustamente descontados, así como que es lícito descontar lo correspondiente a permisos no remunerados, suspensiones y huelgas. |
| 2 | Alberto Moy Vargas | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 29 de abril de 1996 ⁴³ que ordenó el pago de la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria. | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 30 de octubre de 2002 ⁴⁴ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que acorde con la Ley, son incompatibles el pago de la indemnización reclamada y la pensión de jubilación reconocida al suprimirse el cargo. |
| 3 | Bacilio Arce Mosquera | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 25 de septiembre de 1995 ⁴⁵ que ordenó reliquidar el auxilio de cesantías y pagar la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado para liquidar las cesantías definitivas. | No se halla prueba |

⁴¹ Folios 24 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴² Folios 181 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁴³ Folios 34 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴⁴ Folios 188 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁴⁵ Folios 123 y ss, C.O. 2 del sumario.

| | | | |
|---|-------------------------------|--|---|
| 4 | Rosalino Montaña Vidal | El Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 21 de noviembre de 1995 ⁴⁶ que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado para liquidar las cesantías definitivas, a lo que agregó que la empresa demandada no logró demostrar el porqué de los descuentos. | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 26 de julio de 2002 ⁴⁷ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que la parte demandante no demostró que los 42 días fueron injustamente descontados, así como que es lícito descontar lo correspondiente a permisos no remunerados, suspensiones y huelgas. |
| 5 | Cesar Emilio Bedoya Martínez | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 28 de septiembre de 1995 ⁴⁸ que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado para liquidar las cesantías definitivas, así como lo correspondiente a la bonificación de cumplimiento. | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 13 de noviembre de 2002 ⁴⁹ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que es lícito descontar lo correspondiente a 34 días no laborados por faltas. Asimismo, sostuvo que la bonificación de cumplimiento no constituye factor salarial. |
| 6 | Manuel Dolores Sayust Sánchez | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 27 de noviembre de 1995 ⁵⁰ que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en lo correspondiente a la bonificación de cumplimiento. | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 8 de marzo de 2002 ⁵¹ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de primera instancia se extralimitó en sus funciones, ya que no se encontraba probado con certeza que no se incluyeron todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios, sumado a que acorde con los artículos 64 y 70 convencionales, no se señala que la liquidación del auxilio de cesantía debiese incluir la bonificación de cumplimiento o el 8% de la prima de antigüedad. |
| 7 | Uladielao Mosquera Alegría | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 11 de octubre de 1995 ⁵² que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta 71 días descontados para liquidar las cesantías definitivas, así como lo correspondiente a la bonificación de cumplimiento. | El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 26 de noviembre de 2001 ⁵³ revocó el fallo del <i>a quo</i> , con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de primera instancia se extralimitó en sus funciones, ya que no se encontraba probado con certeza que no se incluyeron todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios. Además, al variar la <i>causa petendi</i> el Juez, desconoció, de un lado, que acorde con los artículos 64 y 119 convencionales, no debe ser considerada la bonificación de cumplimiento como factor salarial para la liquidación del auxilio de cesantía, y de otro, que la parte demandante no demostró que los días fueron injustamente descontados, así como que es lícito descontar lo correspondiente a permisos no remunerados, suspensiones y huelgas. |
| 8 | Ambrosio Ordoñez Castillo | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 23 de enero de 1996 ⁵⁴ que ordenó pagar la reliquidación de cesantías definitivas, reajuste pensional y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en lo correspondiente a la bonificación de cumplimiento, ni la prima vacacional y el incentivo jornada 12 horas. | No se halla prueba ⁵⁵ |
| 9 | Regulo Rodríguez Montaña | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 28 de marzo de | El Tribunal Superior de Pereira mediante decisión de 16 de marzo de 2005 ⁵⁷ |

⁴⁶ Folios 49 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴⁷ Folios 198 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁴⁸ Folios 108 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴⁹ Folios 295 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁵⁰ Folios 120 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁵¹ Folios 221 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁵² Folios 131 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁵³ Folios 239 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁵⁴ Folios 141 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁵⁵ Folio 148, C.O. 6 del sumario.

⁵⁷ Folios 1 y ss, C.O. 4 del sumario.

| | | | |
|----|-------------------------|---|--|
| | | 1996 ⁵⁶ que ordenó pagar la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensional y la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta en la prima de antigüedad lo correspondiente a la bonificación de cumplimiento, y el descanso por \$150.100. | <p>revocó el fallo del <i>a quo</i>, con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de primera instancia se extralimitó en sus funciones, ya que no se encontraba probado con certeza que no se incluyeron todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios.</p> <p>Asimismo, sostuvo que el factor descansos sí fue tenido en cuenta al liquidar la prima de antigüedad y por un valor que supera la suma estimada por el <i>a quo</i>; que el descuento de 37 días fue lícito; que la bonificación de cumplimiento no es factor salarial a efectos del auxilio de cesantías.</p> |
| 10 | Luis Felipe Murillo | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 27 de febrero de 1996 ⁵⁸ que ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta en la prima de antigüedad, las primas de servicios de junio y diciembre de 1992 ni todo el tiempo laborado. | No se halla prueba ⁵⁹ |
| 11 | José Rafael Díaz | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 14 de marzo de 1996 ⁶⁰ que ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta en la prima de antigüedad las primas de servicios de junio y diciembre de 1992 ni todo el tiempo laborado. | <p>El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 15 de marzo de 2002⁶¹ revocó el fallo del <i>a quo</i>, con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda, el Juez de primera instancia se extralimitó en sus funciones, ya que no se encontraba probado con certeza que no se incluyeron todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios.</p> <p>Adicionalmente, estimó que al ser un estibador (personal a destajo) la liquidación de la prima de antigüedad no debe incluir como factor salarial la prima de servicios, sumado a que la bonificación de cumplimiento no es factor salarial para liquidar el auxilio de cesantías.</p> |
| 12 | Ignacio Viveros Sánchez | El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Buenaventura dictó sentencia el 25 de abril de 1996 ⁶² que ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de la indemnización moratoria, con fundamento en que no se tuvo en cuenta en la prima de antigüedad la hora ordinaria (\$251.690,53) y la hora festiva (\$7.816) ni todo el tiempo laborado. | <p>El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 5 de marzo de 2002⁶³ revocó el fallo del <i>a quo</i>, con fundamento en que al ser demasiados genéricos e imprecisos los hechos y pretensiones de la demanda.</p> <p>Adicionalmente, dijo que sí se le incluyeron los descansos en la liquidación pensional, sumado a que las bonificaciones no constituyen salario a efectos de liquidaciones prestacionales según las normas convencionales, así como la hora festiva y la hora ordinaria según el canon 70 convencional no son factor salarial para liquidar la prima de antigüedad.</p> |

Se destaca que debido a falencias de recaudo probatorio atribuibles a la Fiscalía y concretadas en la fase instructiva, no se tiene constancia dentro del plenario de que en todos los procesos surtidos ante los Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura que se enunciarán enseguida se haya desatado el recurso de alzada o llevado a cabo el grado jurisdiccional de consulta, lo cual impidió relacionar en los cuadros subsiguientes aquellos donde se encuentra acreditada dicha circunstancia.

⁵⁶ Folios 154 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁵⁸ Folios 212 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁵⁹ Folio 146, C.O. 6 del sumario.

⁶⁰ Folios 229 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶¹ Folios 266 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁶² Folios 246 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶³ Folios 276 y ss, C.O. 3 del sumario.

Se destaca que la sentencia judicial respecto de Bacilio Arce Mosquera no aparece relacionada en el cuerpo del acta 34; no obstante, sí se atisba señalada en el cuadro resumen de la misma, y en la resolución 949 de 1998 que más adelante se mencionará.

Ahora bien, se palpa acreditado que ante la Inspección Octava del Trabajo Regional de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el 3 de abril de 1998, se celebró conciliación y se suscribió acta 34⁶⁴, entre la togada ANA MARÍA GUERRERO, actuando en nombre y representación de 18 exportuarios, y la Doctora LUZ DARY VELASCO CORDOBA, en representación de FONCOLPUERTOS, donde se acordó pagar, de una parte, el 100% de las condenas impuestas por los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura, y de otra, el 50% de los intereses causados; pactándose la suma total de \$862.900.000.

Ahora bien, dicho pacto conciliatorio fue pagado mediante las siguientes resoluciones administrativas:

| | Demandante | Resoluciones administrativas | Valor | Estado jurídico de la resolución de pago y la resolución que revoca o suspende ⁶⁵ |
|---|-------------------------------|---|---|--|
| 1 | José María Cifuentes Perlaza | 339 ⁶⁶ de 6 de abril de 1998 | 61.200.000 (300,25 SMLMV de 1998) | Revocada 1090 de 20 de octubre de 2004 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 2 | Alberto Moy Vargas | 338 ⁶⁷ de 6 de abril de 1998 | 99.600.000 (488,65 SMLMV de 1998). | Revocada 211 de 31 de marzo de 2003 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 3 | Bacilio Arce Mosquera | 327 ⁶⁸ de 6 de abril de 1998 | 80.500.000 (394,94 SMLMV de 1998). | Revocada 315 de 2 de mayo de 2005 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 4 | Rosalino Montaña | 329 ⁶⁹ de 6 de abril de 1998 | 51.800.000 (254,13 SMLMV de 1998). | Revocada 930 de 22 de septiembre de 2005 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 5 | Cesar Emilio Bedoya Martínez | 340 ⁷⁰ de 6 de abril de 1998 | 52.300.000 (256,59 SMLMV de 1998). | Sin efectos. RDP 11094 de 17 de marzo de 2017 |
| 6 | Manuel Dolores Sayust Sánchez | 334 ⁷¹ de 6 de abril de 1998 | 66.500.000 (326,25 SMLMV de 1998). | Sin efectos. No se indica resolución. |
| 7 | Uladiaslao Mosquera Alegría | 333 ⁷² de 6 de abril de 1998 | 66.200.000 (324,78 SMLMV de 1998). | Revocada 1084 de 20 de octubre de 2004 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 8 | Ambrosio Ordoñez Castillo | 332 ⁷³ de 6 de abril de 1998 | 61.200.000 | Sin efectos. |

⁶⁴ Folios 1 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶⁵ Folio 70 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

⁶⁶ Folios 20 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶⁷ Folios 32 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶⁸ Folios 44 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁶⁹ Folios 47 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷⁰ Folios 106 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷¹ Folios 117 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷² Folios 127 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷³ Folios 139 y ss, C.O. 1 del sumario.

| | | | | |
|----|--------------------------|---|---------------------------------------|---|
| | | | (300,25 SMLMV de 1998). | No se indica resolución. |
| 9 | Regulo Rodríguez Montaña | 328 ⁷⁴ de 6 de abril de 1998 | 74.500.000 (365,50 SMLMV de 1998). | Sin efectos. No se indica resolución. |
| 10 | Luis Felipe Murillo | 325 ⁷⁵ de 6 de abril de 1998 | 75.700.000 (371,39 SMLMV de 1998). | Sin efectos. No se indica resolución. |
| 11 | José Rafael Díaz | 399 ⁷⁶ de 6 de abril de 1998 | 75.200.000 (368,94 SMLMV de 1998). | Revocada 956 de 29 de septiembre de 2005 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |
| 12 | Ignacio Viveros Sánchez | 326 ⁷⁷ de 6 de abril de 1998 | 63.100.000 (309,57 SMLMV de 1998). | Revocada 677 de 21 de julio de 2005 que además ordenó el reintegró de lo pagado. |

En esa medida, a través de la resolución 949 del 28 de abril de 1998⁷⁸ del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se reconocieron las sentencias y conciliaciones judiciales como deuda pública de la Nación y se ordenó su pago a través de TES Clase B a favor de ANA MARÍA GUERRERO MORÁN por el monto de \$889.900.000.

Finalmente, **no se tiene demostrado que se les haya modificado efectivamente la mesada pensional a los exportuarios referidos** como consecuencia de las sentencias, acta y resoluciones administrativas investigadas, tal como se evidencia del informe GPSPC-ASNP 415 de 30 de agosto de 2010⁷⁹ del extinto GIT del Ministerio de la Protección Social.

De otra parte, se tiene que el acta 34 de 3 de abril de 1998 fue dejada sin efectos⁸⁰, de acuerdo con lo ordenado en la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestion – FONCOLPUERTOS, emitida el 28 de noviembre de 2008, radicado 2008-00002, así como con el fallo del 14 de marzo de 2014 emitido por este Estrado.

4. Materialidad de la conducta punible objeto de juzgamiento.

Teniendo en cuenta lo probado, así como lo establecido en el pliego de cargos, el Despacho examinará si en el presente caso es predicable la estructuración de los comportamientos delictivos por los cuales se procede, examinando los conceptos ilegales reconocidos, sin perjuicio de que, tal como lo señalaron los respectivos fallos de consulta por parte de los Tribunales Superiores de Distritos Judiciales, son contrarios a derecho el reconocimiento de factores no salariales para la reliquidación de prestaciones sociales, cesantías y pensiones como las vacaciones, prima de servicios y horas festivas y ordinarias, más aun cuando los beneficiarios exportuarios fueron debidamente liquidados en sus pensiones y prestaciones sociales al momento de su retiro.

⁷⁴ Folios 152 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷⁵ Folios 210 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷⁶ Folios 227 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷⁷ Folios 242 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷⁸ Folios 171 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁷⁹ Folios 146 y ss, C.O. 6 del sumario.

⁸⁰ Folio 70 (reverso), C.O.

4.1. Reliquidaciones por la no inclusión al retiro de días realmente no laborados (incluidos días de huelga).

Encuentra el Despacho que algunas de las referidas sentencias, cuyo cubrimiento pecuniario se acordó mediante el acta 34 de 1998 y canceladas con resoluciones administrativas que dispusieron el pago de conceptos laborales sin soporte fáctico ni fundamentación jurídica se originaron por el reconocimiento de días que no fueron laborados por los exportuarios en época de huelga, permisos o licencias no remuneradas y/o faltas.

Frente a esto, se tiene que el decreto 2127 de 1945 en su artículo 44 numerales 4 y 8, así como en el canon 46, normatividad que gobierna las relaciones laborales en el sector público y que son paralelas a las que imperan en el privado, como se ve en el precepto 51 numerales 4 y 7, y 53 del CST, establecieron que:

“ARTICULO 44. El contrato de trabajo se suspende:

(...)

4o. Por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador, o por suspensión disciplinaria;

(...)

8o. Por huelga lícita declarada con sujeción a las normas de la ley”.

ARTICULO 46. La suspensión de los contratos de trabajo no implica su extinción. Salvo convención en contrario, durante el período correspondiente se suspende para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido y para el patrono la de pagar los salarios de ese lapso y la de asumir los riesgos que sobrevengan durante la suspensión, excepto el pago del seguro de vida y el auxilio funerario, a que haya lugar de acuerdo con la ley, y las prestaciones e indemnizaciones correspondientes a enfermedades o accidentes que hayan originado la suspensión. El tiempo durante el cual esté suspendido el contrato de trabajo, podrá ser descontado por el patrono del cómputo de los períodos necesarios para ciertas prestaciones, como vacaciones, auxilios de cesantía y pensiones de jubilación, pero no hará perder el derecho a tales prestaciones.

De otro lado, el decreto 1647 de 1967 en sus reglas 1 y 2 indicó:

Artículo 1 Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal.

Artículo 2 Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Es así que el empleador está facultado legalmente para descontar del tiempo de servicios lo correspondiente a los eventos descritos por la Ley como causales, y por lógica dicho tiempo no puede ser tenido en cuenta como efectivamente laborado para efectos prestacionales. Asimismo, la suspensión del contrato de trabajo implica, por un lado, que el trabajador no está obligado a prestar el servicio personal, y, por el otro lado, que el patrono no está obligado a cancelar los salarios.

Por esta vía el empleador, en los eventos de huelga, no está obligado a pagar salarios o conceptos, aun cuando la misma fuere lícita, según el precepto acabado de transcribir, ni mucho menos si la suspensión colectiva del trabajo es declarada ilegal, de modo que el descuento por días de huelga es justificado, por no existir causa que sustente la falta al trabajo.

También ha de apreciarse que los pagos a los empleados públicos y trabajadores oficiales deben ser por servicios rendidos, estando el empleador en la obligación de ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente autorización

legal. Más aun, cuando se trata de empresas estatales que deben prestar un servicio público de manera constante, resultando ajustado a derecho que el servicio no prestado no deba ser pagado.

Adicionalmente, si bien es cierto las faltas al trabajo o las licencias o permisos no remunerados no están consagradas en las mentadas causales de suspensión del contrato de trabajo, no menos lo es que hay circunstancias que interrumpen la prestación de los servicios, que implican solución de continuidad, y, por tanto, pueden ser descontadas para el cómputo, por ejemplo, de las cesantías, toda vez que ésta se concede a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios prestados en forma continua o discontinua.

No media hesitación para el Estrado que ordenar el pago de acreencias laborales y sus consecuentes reliquidaciones, reajustes pensionales y pago de indemnización moratoria, sustentadas en la inclusión de días no laborados por huelga, permisos o licencias no remuneradas y/o faltas, comporta un reconocimiento de unas sumas sin ningún soporte y fundamentación jurídica, e implica un detrimento patrimonial injustificado para las arcas estatales.

En el caso en concreto, es claro que varias providencias judiciales, pagadas mediante el acta de conciliación 34 de 1998 y sendas resoluciones administrativas, según lo precisado en las referidas tablas, reconocieron sin ningún fundamento los referidos conceptos laborales, producto de incluir en la liquidación días que habían sido descontados por COLPUERTOS producto de ausencias originadas por huelga, sanciones, permisos o licencias no remuneradas y/o faltas, y, en consecuencia, generando una acreencia inexistente a cargo de la Nación, que conllevó a la diferencia en el monto a pagar producto de dichas prestaciones sociales, así como de la indemnización moratoria, sin que adicionalmente se hubiere demostrado la mala fe del empleador.

Así las cosas, dicha indebida inclusión de días no laborados generó un efecto en cadena al producir la reliquidación de diversas prestaciones sociales, y/o el pago de la indemnización moratoria, sin fundamento alguno.

4.2. Reconocimiento ilegal de la indemnización por despido injusto por la terminación del contrato de trabajo originada en la liquidación de COLPUERTOS y su consecuente indemnización moratoria.

Sobre este tópico vale memorar lo consagrado en La Ley 1ª de 1991, la cual señaló:

“ARTICULO 33º. Liquidación. Líquidese la empresa Puertos de Colombia, Colpuertos. Su Gerente, o la persona que designe el Presidente de la República en coordinación con su Junta Directiva, actuará como Liquidador. La Liquidación tendrá una duración máxima de tres años, contados a partir de la publicación de la presente ley. Todos los activos que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria, pasarán a ser de propiedad de la Nación por obra de esta ley.

(...)

ARTICULO 37º. Facultades extraordinarias. Revístese de facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de un año contado a partir de la publicación de la presente ley, para:

(...)

37.2. Dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral y de presupuesto para la liquidación de la empresa Puertos de Colombia, para la formación de las sociedades portuarias regionales de que tratan los artículos 34, 35 y 36 de esta ley, y para asegurar la protección del empleo de que trata el artículo 36.

Producto de dichas facultades extraordinarias se expidió el Decreto 035 de 1992 que reglamentó:

“ARTÍCULO 1o. La Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia suprimirá los cargos vacantes y los desempeñados por servidores públicos de acuerdo con el programa de supresión de empleos que apruebe la misma Junta Directiva, siguiendo las pautas que establezca la Comisión de Empleo de que trata el artículo 36 de la Ley 1a de 1991, dentro del proceso de la liquidación.

Al vencimiento del término de la liquidación de la Empresa quedarán automáticamente suprimidos los cargos todavía existentes en la misma.

ARTÍCULO 2o. La supresión de los cargos desempeñados por servidores públicos implica la terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales y de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos.

La eventual vinculación que se ofrezca a los servidores públicos de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, en otras entidades públicas, mixtas o privadas deberá hacerse mediante la suscripción de un nuevo contrato de trabajo o un nuevo nombramiento.

ARTÍCULO 3o. El reconocimiento de la pensión de jubilación, invalidez o vejez establecida en las leyes vigentes y en las normas que se expidan en ejercicio de las facultades extraordinarias de la Ley 1ª de 1991, a que tengan derecho los servidores públicos, significará la terminación de su respectivo contrato de trabajo y vinculación legal y reglamentaria.

ARTÍCULO 4o. Los cargos que por necesidad del servicio o de la liquidación no sean suprimidos, serán provistos por el liquidador de la Empresa con el visto bueno de la Junta Directiva.

El liquidador de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, con autorización de la Junta Directiva, podrá ordenar el traslado de servidores públicos a otro cargo o sede, en cuyo caso se reconocerán y pagarán los gastos que el traslado ocasione al empleado.

(...)

ARTÍCULO 24. La liquidación de la Empresa Puertos de Colombia es justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo, de conformidad con el artículo 5o., literal e) de la Ley 50 de 1990”. (Resaltado por el Despacho)

En ese orden, no media hesitación alguna para el Despacho que la normatividad de la época facultaba a COLPUERTOS a terminar unilateralmente los contratos de trabajo de los portuarios de esa entidad en razón de la liquidación de la empresa estatal, sumado a que el reconocimiento pensional en el marco de la liquidación de la precitada entidad estatal comporta además la terminación de su respectivo contrato de trabajo y vinculación legal y reglamentaria.

Asimismo, es nítido que de conformidad con el canon 24 del Decreto 035 de 1992, la liquidación de COLPUERTOS era justa causa para dar por terminado los contratos de trabajo de los exportuarios, norma especial aplicable para los casos originados por la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia y no el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T que indica “**TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (...) 14 El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”.**

Por manera que resulta palmario que el efecto por la terminación unilateral sin justa causa de los contratos, esto es, la indemnización por despido sin justa causa consagrada en las reglas señaladas del Decreto 2127 de 1945, no era aplicable, mucho menos la regla 64 del CST, toda vez que al existir otra norma especial, posterior y pertinente son las consecuencias jurídicas de ésta las que gobiernan el caso y lo resuelven, de suerte que al constituir la liquidación de COLPUERTOS justa causa para la terminación del contrato de trabajo de los trabajadores, se torna inaplicable la indemnización referida en la codificación ordinaria y anterior.

Por lo tanto, sostener que terminar unilateralmente el contrato de trabajo a los exportarios de COLPUERTOS producto de la liquidación de la empresa, origina la indemnización referida, no tiene ningún sustento legal y contraría las disposiciones citadas así como los principios hermenéuticos del derecho, máxime cuando el canon

24 del Decreto 035 de 1992 es claro y su carácter normativo no ofrece duda, de suerte que en manera alguna podría estimarse que se debía aplicar por hesitación la norma más favorable al trabajador.

Destaca el Despacho que al no existir la obligación de indemnizar al trabajador por no estar presente ante un despido injusto, tampoco se le puede atribuir al empleador las sanciones por el no pago oportuno y completo de lo debido, como el pago de la indemnización moratoria, ni tampoco puede derivar en la reliquidación de las prestaciones sociales.

Adicionalmente, se tiene que el inciso 2 del artículo 9 del citado Decreto 035 de 1992 señala que “Las pensiones son incompatibles con las indemnizaciones” (subrayado fuera del texto), por lo que resulta a todas luces irreconciliable pretender indemnizaciones por terminación del contrato con pensiones de jubilación, de la cual algunos exportuarios fueron beneficiarios.

Entonces, no existe asomo de duda en cuanto que era ilegal reconocer la indemnización por despido sin justa causa como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo originado por la liquidación de COLPUERTOS, lo mismo que la consecuente indemnización moratoria, reliquidación de prestaciones sociales y reajustes pensionales.

4.3. Reconocimientos laborales excediendo las facultades *ultra y extra petita*.

Acerca del comportamiento endilgado respecto de lo acaecido con la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de las mesadas pensionales y/o el pago de salarios moratorios en algunas de las sentencias conciliadas por el acta 34 y pagadas mediante resoluciones administrativas, originada en la inclusión de factores no salariales en la liquidación, excediendo las facultades *extra y ultra petita* del Juez Laboral, el Despacho halla necesario efectuar las siguientes puntualizaciones.

El Estrado observa que los mencionados fallos que ordenaron la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de las mesadas pensionales y/o el pago de salarios moratorios de los referidos exportuarios, no sólo se fundaron en la reliquidación ilegal del auxilio de cesantías por incluir la bonificación de cumplimiento, que se tratará más adelante, o factores no salariales a efectos de cesantías, algunas prestaciones o reajustes pensionales como el 8% de la prima de antigüedad, las horas ordinarias y festivas y la prima de servicios, o en la reliquidación ilegal de prestaciones sociales por incluir días no laborados o factores ya incluidos como el descanso, entre otros, sino que esas pretensiones no fueron objeto de la demanda excediendo dicho Estrados las atribuciones *extra y ultra petita*.

Es así como se aprecian aseveraciones fácticas inciertas, infundadas o lejanas de la realidad contenidas en los libelos introductorios, según lo que se desprende de las sentencias, de suerte que el fallador laboral incurrió en censurables excesos al aplicar la facultad de fallar *extra y ultra petita*, acorde al canon 50 del CPT vigente por entonces, dado que si bien es cierto podía ordenar la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de la mesada pensional y/o el pago de indemnización moratoria, no menos cierto resulta que los hechos respectivos debieron haber sido discutidos en el juicio y probados, de modo que la forma etérea y gaseosa en que se presentaron las demandas, con deliberada desobediencia del mandato 25 ídem, impedía *per se* que los hechos fueran conocidos en su amplitud y precisión tanto por la contraparte como por el Juzgador, acarreado en la práctica que la discusión en torno de los mismos resultara ineficaz, y que el sentenciador extralimitara dicha potestad sin advertir, quizá, que el debate fáctico albergaba vicios desde su inicio o, detectada la irregularidad, no detallara las repercusiones

procesales adversas a la prerrogativas fundamentales de la parte accionada, e incurriera en un exceso al pronunciarse acorde a dicha facultad, que de ninguna manera es absoluta ni tampoco omnímoda.

De hecho, varias de las sentencias de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales en sede de consulta advirtieron en sendas decisiones relacionadas en las tablas respectivas, la falta de congruencia entre el libelo de las demandas y lo efectivamente reconocido por los falladores de primer grado en los casos referidos, comoquiera que no se precisó en los hechos y pretensiones los factores y sumas por las cuales se fundamentaba el *petitum*, creando ambivalencia y confusión.

Sobre el particular, en la sentencia C-662 de 1998, la H. Corte Constitucional sostuvo:

“(…)

4. Constitucionalidad del artículo 50 (parcial) del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158 de 1.948).

Nuestro Código Procesal del Trabajo consagra en su artículo 50, parcialmente acusado en la demanda sub examine, la facultad de los jueces laborales de primera instancia, para fallar extra o ultra petita, es decir, a condenar al pago de pretensiones diferentes a las solicitadas en el libelo o por sumas mayores de las demandadas. Reza así el precepto legal mencionado:

“Artículo 50. Extra y Ultra petita.- El juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o Indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”.

Sobre dicha disposición, el actor muestra su inconformidad al manifestar que los fallos en sentido extra y ultra petita no están concebidos para la protección de los trabajadores en los procesos de competencia de los jueces de única instancia, y que su utilización se ha otorgado en forma discrecional y no obligatoria, impidiendo dar verdadera eficacia al principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales establecidos en las normas laborales (C.P., art. 1 y 53).

Así pues, la demanda pretende demostrar un eventual tratamiento desigual para aquellos trabajadores que dado el monto de sus pretensiones laborales, deben adelantar procesos de única instancia para resolver sus litigios y, por consiguiente, no los cobija la garantía de las decisiones con el alcance mencionado, constituyendo, además, una violación de principios fundamentales de orden laboral, por la discrecionalidad con que se consagra dicha atribución. Para resolver estos cargos es preciso hacer las siguientes consideraciones:

1. *La potestad consagrada en la norma acusada, tiene un contenido extraordinario con respecto a las pretensiones formuladas, en cuanto diverso y adicional a lo pedido (extra petita) o en cuantía superior a lo solicitado (ultra petita), cuando la misma se deduzca de la normatividad vigente a favor del trabajador, y en cuanto no le haya sido reconocida con anterioridad.*

Así pues, la referida facultad en sus distintas acepciones presenta, para los jueces laborales de primera instancia, la posibilidad de que “...desborden lo pedido en la demanda, a condición de que “los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados”.”⁸¹, toda vez que las facultades extra o ultra petita en el juicio laboral “... han sido reconocidas por la jurisprudencia como una atenuación de aquel rigor para las sentencias de los jueces del trabajo, explicable en todo caso por la naturaleza del derecho laboral y el interés social implícito en él.”⁸²

⁸¹ Sentencia del 6 de septiembre de 1.990., Radicación No. 3828, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 27 de mayo de 1.998, Radicación No. 10468, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero.

De esta forma, respecto de los derechos laborales, las prerrogativas y beneficios mínimos con carácter irrenunciable, derivados de una relación de trabajo (C.S.T. art. 14), en virtud del carácter de orden público que representan de acuerdo con los principios constitucionales, significa que el juez que resuelve esa clase de conflictos, cuenta con cierta libertad para asegurar su reconocimiento, mediante el ejercicio de una atribución que le permite hacer efectiva la protección especial de la cual gozan los trabajadores, frente a sus propias pretensiones y a la realidad procesal.

2. El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados⁸³; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien “ puede de confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone⁸⁴, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería “superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem”⁸⁵, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso⁸⁶ (C.P., arts. 29 y 31)”.

Adicionalmente, respecto de estos asuntos mediante providencia de segunda instancia del 14 de agosto de 2012 adoptada dentro del radicado 38769, con ponencia del H. M. Dr. María Del Rosario González Muñoz, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso surtido contra el Juez 2 Laboral del Circuito de Buenaventura, Harold Gamboa Velásquez, señaló:

“El recurrente cuestiona la afirmación de la sentencia conforme a la cual en los procesos laborales de Rosa Juliana Vargas y Esneda Arango de Olave se desatendieron las prescripciones del canon 25 del Código Procesal Laboral, porque, en su opinión, es suficiente que el actor manifieste en el libelo una incorrecta liquidación de su pensión para que se revisen todos los factores que la conforman.

Frente a lo anterior, la Sala encuentra que si bien el juez, en aras de efectivizar el derecho material, puede interpretar las partes oscuras de la demanda, no está habilitado para pretermitir la constatación de los requisitos mínimos del libelo y, menos aún, para apartarse de la causa petendi.

En efecto, dentro de los poderes de dirección del proceso atribuidos al juez por el ordenamiento procesal laboral están las facultades extra y ultra petita, definidas en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, así:

“Art. 50. Extra y ultra petita. El juez de (primera instancia) podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o Indemnizaciones distintos a los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”

Empero, tal prerrogativa no comporta autorización para apartarse de la causa petendi, es decir, no es una carta abierta para que el juzgador resuelva sobre aspectos no planteados en la demanda y, menos aún, no debatidos en el proceso.

Ello, además, porque constituye un imperativo procesal formular con claridad las pretensiones y demostrar los hechos en que se apuntalan, conforme al principio de la carga probatoria consagrado en el canon 177 del Código de Procedimiento Civil, por cuyo medio incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. Así mismo, porque acorde con el canon 305 ibídem, la sentencia debe expedirse en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda”.

⁸³ Ver la Sentencia del 27 de mayo de 1.998, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero, Radicación No. 10468, Acta No. 017.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de octubre de 1.977, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, M.P. Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture., Acta No. 38.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ver la Sentencia T-474 de 1.992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Por manera que, sin duda alguna, la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de la mesada pensional y/o el pago de indemnización moratoria, excediendo las facultades *extra y ultra petita*, acarreó el compromiso injustificado de las arcas estatales.

4.4. Sobre la bonificación de cumplimiento.

Con relación a la bonificación de cumplimiento, emerge diáfano que la misma no podía ser conceptuada como salario y, en consecuencia, no podría ser incluida en manera alguna como factor de liquidación de cesantías, prestaciones sociales ni pensión alguna, de suerte que no pudiendo reconocerse más que por una sola vez, no ofrece duda que no constituye contraprestación directa ni habitual del servicio y, acorde a lo referido en acápites anteriores, se confirma que adolece de talante salarial, de allí que su invocación y deprecación para fines liquidatorios como las ya enunciados, por vía administrativa y/o judicial, torna en ilegal su reconocimiento.

En precedentes jurisprudenciales que han sentado el criterio sobre el particular, por ejemplo, en pronunciamiento datado el 16 de julio de 2003, emitido dentro del radicado N° 20437 por la H. Sala de Casación Laboral, con ponencia del H. M. Dr. Carlos Isaac Nader, se expuso:

“(…)

En ese orden de ideas se tiene que el artículo 64 convencional enumera los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la cesantía de los trabajadores, con sueldo fijo y a destajo, dentro de los cuales no se haya incluido el incentivo de vacaciones ni la bonificación de cumplimiento. Es cierto que en esa cláusula se habla de vacaciones y de prima de vacaciones, pero ello no significa que el incentivo quede comprendido en esas nociones pues se trata de beneficios independientes y autónomos. Tampoco es posible asimilar el referido incentivo al auxilio de transporte por cuanto evidentemente son rubros que obedecen a filosofías diferentes y se causan por actividades distintas. Mucho menos hay lugar a considerar que tiene naturaleza salarial pues así no lo califica la convención colectiva ni, desde luego, la ley.

De manera que en ningún error incurrió el Tribunal cuando estimó que en la liquidación de la cesantía definitiva se incluyeron todos los factores que mandan la ley y la convención colectiva, ya que el incentivo de vacaciones no debía computarse para este efecto.

En lo que tiene que ver con la bonificación de cumplimiento, es evidente que se equivocó el Tribunal al afirmar que la empresa computó la cantidad de \$129.234.00 por ese concepto para liquidar la pensión de jubilación, puesto que no reparó que esa cantidad correspondía al rubro “refrigerios”; e igualmente cometió el error de no dar por demostrado que en la liquidación de la pensión de jubilación no se incluyó la suma de \$35.000.00 por concepto de bonificación de cumplimiento.

No se discute que este beneficio debe computarse para liquidar la pensión de jubilación ya que así lo dejó entrever el Tribunal y lo preceptúa además el artículo 100 de la convención colectiva de trabajo. La controversia radica en la cantidad que debió tenerse en cuenta para ese propósito.” (Subraya del Juzgado)

Analizado el precedente jurisprudencial, se establece que ninguna variación podía realizarse al auxilio de cesantías teniendo en cuenta la consabida bonificación de cumplimiento, pues como lo ha explicitado dicha Máxima Colegiatura, este concepto sólo podía ser determinante para efectos de reamortización de la mesada pensional, en el caso de que no se hubiere apreciado en debida forma al momento de haberse otorgado el beneficio; en el caso *sub examine* ese rubro no repercute en la variación de las cesantías.

El artículo 127 del CST regula los elementos que conforman el salario y el concepto que constituye salario en especie, canon relevante para el análisis de la especie, el cual dispone:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES (modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990). Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Es así como se evidencia que de acuerdo con esta definición, salario es lo que reciba el trabajador en dinero o especie, siempre y cuando impliquen directa retribución de servicios, y en ninguna de ellas está taxativamente señalados la bonificación de cumplimiento, por lo que se configura la ilegalidad de lo reconocido en las sentencias señaladas en la tabla pluricitada, que fueron acordadas pagar mediante acta 34 y finalmente canceladas mediante resoluciones administrativas; actuaciones que se obtuvieron sin derecho alguno a ello y que generaron rubros económicos que incrementaron el peculio de terceras personas.

4.5. Sentencias supuestamente ejecutoriadas sin surtir el grado jurisdiccional de consulta.

En lo relativo a la obligatoriedad que acompasaba los fallos emitidos contra FONCOLPUERTOS respecto del grado jurisdiccional de consulta, resulta imperioso aquilatar que la falta de unidad de criterio jurisprudencial frente a la imposición legal de esa exigencia procesal, se constituyó en elemento facilitador de la expedición de las resoluciones administrativas que ordenaban el pago de las sumas ordenas en las sentencias, de suerte que si bien es cierto en algunos casos se surtió dicho grado jurisdiccional, no lo es menos que tal revisión oficiosa de la judicatura se llevó a cabo con posterioridad a que se emitieran los actos dispositivos por parte de los funcionarios de la entidad portuaria en liquidación.

Cabe memorar que sobre este tópico la Ley y la jurisprudencia señalan que en materia laboral tal escrutinio oficioso es de obligatorio cumplimiento de conformidad con el artículo 69 del CPT, el cual dispone: *“serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio”*.

La incidencia de este lineamiento jurídico debe guardar congruencia con la doctrina emanada del máximo órgano penal colombiano en lo tocante a FONCOLPUERTOS y la situación histórica de la comisión de los hechos que se analizan, atendiendo que otrora no había solidez conceptual acerca de la institución que llamaba a someter las sentencias laborales contrarias a FONCOLPUERTOS al mencionado grado, tema que fue dilucidado por la Sala de Casación Laboral y la H. Corte Constitucional a finales del año 1999, de donde emerge que ocupándose de fallos de condena contra esa entidad estatal, tal precisión sobre la revisión oficiosa no se hallaba libre de dudas antes de las postrimerías del año 1999, como se expone.

Pese a que para ese período regía la disposición 69 del CPT, los precedentes jurisprudenciales estructuradores y pertinentes corresponden al fallo adoptado por la Sala de Casación Laboral el 19 de octubre de 1999, en el caso 12158, con ponencia del H. M. Dr. Rafael Méndez Arango; y a la sentencia SU-962 expedida por la Corte Constitucional el 01 de diciembre de 1999, siendo ponente el H. M. Dr. Fabio Morón Díaz, última providencia que unificó en sede de tutela la doctrina de la

guardiana de la Carta sobre el particular, de la cual se estima oportuno citar el siguiente aparte:

*“(…) Ante tan claras disposiciones, a juicio de la Corte no hay ninguna duda acerca de la obligatoria aplicación del artículo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitación de la consulta de las sentencias de primera instancia que sean total o parcialmente adversas a **FONCOLPUERTOS**, toda vez que el pago de las acreencias reconocidas estaría a cargo de la Nación, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de **COLPUERTOS** y de **FONCOLPUERTOS**, según lo dispusieron, en particular, la Ley 1ª de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto-Ley 1689 de 1997. (..)”.*

La Sala de Casación Penal hizo pronunciamiento de manera pacífica y consecuente respecto del entendimiento que se ha materializado sobre este tema, como se observa en la decisión emitida el 22 de febrero de 2012, dentro del asunto 35606, con ponencia del H. M. Doctor Fernando Alberto Castro Caballero, donde se sostuvo:

“... En punto del delito de peculado, no resulta imperioso establecer que la orden de pago emitida a través de una sentencia y de unos mandamientos ejecutivos, configuran prevaricación judicial, baste con establecer que el superior jerárquico revocó tales decisiones al encontrarlas contrarias al orden jurídico, más allá de que esa contrariedad con el ordenamiento legal, no haya sido objeto de condena penal por el transcurso del tiempo.

Así las cosas, por una parte el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, decidió en providencias del 22 de agosto y 28 de noviembre de 2001 que era imperioso que se surtiese el grado jurisdiccional de consulta, y aunque la omisión en la tramitación del mismo, no pueda considerarse como manifiestamente ilegal, ni mucho menos configurativa del delito de prevaricato, dado que no era claro el asunto desde el punto de vista jurisprudencial, ello no es obstáculo para que la omisión sea analizada y valorada en el contexto de los hechos y aún más de otros delitos.

Como certeramente lo advierte el defensor, mediante sentencia del 10 de agosto de 2010, dentro del radicado 34175 expuso la Corte:

Sobre este tópico, la Corporación encuentra que para los años 1997 y 1998 no era unánime la posición doctrinal y jurisprudencial sobre tales aspectos, por cuanto la naturaleza jurídica de establecimiento público otorgada por el Decreto Ley 36 de 1992 al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, no encajaba en el tenor literal del artículo 69 del Código Procesal Laboral, situación que generó variadas interpretaciones. En efecto, el canon legal preveía: ‘Además de estos recursos existirá un grado jurisdiccional denominado de consulta. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio.’

Sólo con la emisión de la sentencia No. 12158 de octubre 19 de 1999 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se unificaron criterios en el sentido de que el grado jurisdiccional de consulta, no obstante su carácter de establecimiento público, debía ser concedido a favor de FONCOLPUERTOS⁸⁷, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

‘Por sus funciones y el origen de sus recursos, y dado que la directamente obligada es la Nación, resulta imperativo entender que el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, si bien es un establecimiento público, su naturaleza jurídica es de carácter especial, por lo que se justifica que las prerrogativas establecidas directamente en el decreto de creación se extiendan aun al grado jurisdiccional de consulta, cuando la providencia le fuere total o parcialmente adversa, porque en este caso se está hablando de obligaciones contraídas por la Nación. Máxime que dentro de sus funciones se le ordena “ejercitar o impugnar las acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa y protección de los intereses de la Nación, de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación y del Fondo”.

Como quiera que para la época en que el doctor MANUEL EDUARDO HERNÁNDEZ BALLESTEROS profirió las sentencias cuestionadas no había unidad de criterio entre los diferentes operadores judiciales sobre la procedencia o no del grado jurisdiccional de consulta,

⁸⁷ En el mismo sentido, las sentencias de la Sala Laboral de la Corte del 5 de diciembre de 2001, Rad. 17222, del 25 de enero de 2002, Rad. 17216, del 13 de abril de 2011 radicado 35854, del 16 de marzo de 2011 radicado 35839, crean así la certeza de la existencia de una línea jurisprudencial por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

no puede calificarse por este aspecto la decisión de manifiestamente contraria a la ley. Si bien la postura jurídica que pregonaba la improcedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS a la postre resultó contraria a los parámetros que vía jurisprudencial fijó la Sala Laboral de la Corte, tal claridad surgió con posterioridad a la emisión de las providencias censuradas. En el mismo sentido, sólo hasta el 1 de diciembre de 1999 la Corte Constitucional en sentencia de tutela SU 962, sentó postura, reafirmando la procedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS.

Por manera que, si bien la omisión de consultar la sentencia condenatoria no puede resultar manifiestamente contraria a la ley, ello no obsta para que se le considere como parte de un despliegue total de maniobras que se encausaban a defraudar el patrimonio estatal, aprovechando la confusión que sobre el particular se generaba, omitiendo el grado de consulta y con ello eliminando lo que podría constituir un obstáculo en el logro de los objetivos defraudatorios...”

Acompasando estos lineamientos con los eventos materia de estudio, no ofrece duda que las sentencias emitidas por los referidos Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura, surgieron mucho antes del 19 de octubre y 01 de diciembre de 1999, para cuando se esclareció el tema relativo a la obligatoriedad de ejercer el grado jurisdiccional de la consulta respecto de los fallos adversos a COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra la acusada por el hecho de que para la época de emisión de las sentencias no se tuviera la definición en la jurisprudencia nacional sobre la perentoriedad del ejercicio del grado oficioso de revisión comentado, sumado a que el sometimiento de la actuación al mismo no corresponde a un deber atribuido por Ley a la parte actora, sino en principio a la judicatura por tratarse de un trámite oficioso, que para ese momento, se recuerda, tenía en duda su obligatoriedad.

Ahora, ciertamente las sentencias fueron emitidas en primera instancia por los aludidos Juzgados Laborales, siendo contrarias a los intereses de FONCOLPUERTOS, cuando aún no era palmaria la perentoriedad de su sometimiento al grado jurisdiccional de consulta según las providencias de la Sala de Casación Laboral y de la H. Corte Constitucional arriba enunciadas, y, por ende, no resulta penalmente reprochable al acriminada que se hubiere considerado, en gracia de discusión, que habían adquirido firmeza luego de no ser apeladas por la parte vencida, ni era imprescindible aplicarles dicho trámite oficioso por no reputarse necesario.

No obstante, el hecho de que tales fallos no fueran impugnados en alzada, se hubiere desistido de la apelación, se declarase desierta la alzada, o ese grado de revisión oficiosa no se realiza en el tiempo oportuno sino mucho después, condujo a que la erogación dineraria a cargo del Estado se llevara a cabo sin que efectivamente la judicatura valorara mediante la actividad del Juzgador de segundo nivel la legalidad de las pretensiones y de los fallos, facilitando así el menoscabo del erario.

De conformidad con los lineamientos esbozados, resulta claro que para la fecha de proferimiento de las sentencias tantas veces memoradas, contrario a lo que esgrime la Fiscalía en el pliego acusatorio, no se encontraba sentado el criterio unificado nacional respecto de la obligatoriedad de agotar el referido trámite jurisdiccional en casos como el presente, y, por tanto, como alegó la defensa, no puede ser tenido en cuenta como determinante de ilicitud en el actuar de la acriminada, de los directivos de la empresa o de las autoridades judiciales que conocían de los asuntos.

También resulta cierto que, en torno de las reclamaciones que culminaron con las mentadas sentencias proferidas por los mencionados Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura, como ya se analizó, aviene libre de hesitación que los demandantes carecían del derecho material para recibir los conceptos en las cantidades pretendidas, y que las revocatorias de las sentencias ponen de presente que las mismas son lejanas del derecho, situación de la cual surge sin temor a

equivocos la conclusión de que las acreencias que se ordenaron pagar y que se cancelaron en su favor, no eran ajustadas al ordenamiento normativo; hecho que, por contera, conduce indefectiblemente a pregonar que la obtención de tales resultados jurídicos y económicos avienen abiertamente constitutivos por vía objetiva de comportamientos típicos y antijurídicos de peculado por apropiación.

De la doctrina decantada por el máximo órgano definitorio en lo penal en asuntos relacionados con FONCOLPUERTOS, se desprende que las determinaciones judiciales que en materia laboral fueron afectadas por la revocatoria decretada por el superior funcional competente en sede oficiosa de consulta, no estaban ajustadas al sistema jurídico, en palabras suyas como sigue, “no estaban asistidas por el derecho”, y por tanto los pagos percibidos con base en ellas resultan defraudatorios de las arcas de la Nación. Así lo ha expresado esa Corporación:

“Con la revocatoria de las sentencias ordinarias laborales por parte de la Sala de Descongestión Laboral mediante el grado jurisdiccional de consulta queda en evidencia que no estaban asistidas por el derecho, y por tanto los pagos que generaron constituyeron una defraudación del erario público (sic); independientemente de que las decisiones sean calificadas de prevaricadoras o no”⁸⁸.

De otro lado, aunque el órgano persecutor no realizó dentro del marco fáctico de la acusación por los hechos y circunstancias que rodean el injusto derivado de la promoción de las acciones laborales ordinarias junto a la materialización y efectos de las citadas sentencias de primera instancia, el análisis pertinente en cuanto al claro desconocimiento de lo normado en el artículo 177 del CCA, seguidamente el Despacho expondrá lo propio sin que esto, como en otro evento ya citado, configure una adición a la imputación fáctica.

Se detalla que la providencias referidas emitidas por los referidos Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura, ordenaron cancelar rubros dinerarios con cargo al Tesoro Público antes de que feneciera el período de 18 meses posterior a la supuesta ejecutoria de la sentencia de primer grado, como revelan fechas pertinentes señaladas en los cuadros comparativos antes expuestos, con desconocimiento de lo normado en la regla 177 del CCA, de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

Así lo ha dejado ver la citada Alta Colegiatura en providencia de 16 de marzo de 2011, adoptada en el caso 35839, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez:

“En ese plexo indiciario que termina por comprometer al acusado, debe así mismo hacerse alusión a lo consignado por la primera instancia en lo concerniente al hecho, jamás controvertido por la defensa, que el procesado dejó pasar bastante tiempo, luego de que se unificaron las posiciones jurisprudenciales de la Corte Suprema y la Constitucional, para hacer llegar en consulta sus fallos, por lo demás, obligado después de que así lo demandó la representación de la Empresa Puertos de Colombia.

Tampoco el defensor aludió a la manifiesta intención de favorecer a los demandantes, inserta en el comportamiento acucioso desplegado para librar el mandamiento de pago consecencial a las sentencias que acogieron las pretensiones de los demandantes.

Si, como lo establecía el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, las condenas contra la Nación o entidades territoriales sólo pueden ejecutarse después de 18 meses de la ejecutoria del fallo, no era posible que el procesado librase los correspondientes mandamientos de pago con antelación a ese perentorio plazo.

⁸⁸ Cita parcial del texto consignado por la Sala de Casación Penal en la sentencia emitida el 13 de abril de 2011, dentro del caso 35854, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, cuando invoca el fallo del 14 de diciembre de 2010 y 16 de marzo de 2011, Radicados 35.025 y 35.839, respectivamente.

En contra de lo que la ley contempla, el acusado, en los tres casos examinados, libró el mandamiento de pago 12 o 13 días después de dictadas las sentencias respectivas, como así se hizo constar por el A quo en la decisión que aquí se revisa.

Precisamente, tan ostensible yerro obligó que el procesado, conforme previamente lo solicitara el apoderado de FONCOLPUERTOS y admitiendo el alcance del artículo 177 del C.C.A., cabalmente desarrollado por la Corte Constitucional, anulara el trámite seguido al asunto, incluso desde que se libraron los mandamientos de pago en comento.

Como se aprecia, la definición de que el acusado tomó dolosamente decisiones manifiestamente contrarias a la ley y que así obtuvo el pago de dineros indebidos a terceros, no nace apenas de una u otra manifestación judicial controversial, o siquiera de que de buena fe errara al aplicar la ley, sino de una serie de actos inequívocamente dirigidos a tan protervo fin, materializados tanto en el contenido de las sentencias laborales, como en los mandamientos de pago, la celeridad, desde luego ilegal, en librar estos, y la completa desatención cuando supo o debió saber que existían decisiones definitivas en torno de la necesidad de consultar los fallos en mención”.

Este aserto, sin que, según lo dicho, configure una adenda a la imputación fáctica consignada en la acusación, ratifica la ilegalidad de lo actuado, toda vez que, además de lo expuesto, saca a la luz otra de las vías por las que se quebrantó el ordenamiento jurídico nacional.

5. Tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y determinación.

El Despacho, luego de encontrar probadas las irregularidades referidas, estudiará si son constitutivas de la conducta por la cual se procede.

El delito de peculado por apropiación, como ya se estableció, se halla regulado en el artículo 397 original del CP aplicable a este caso. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, dicho tipo penal comporta las siguientes características.

Refiere a un comportamiento punible de sujeto activo calificado, esto es, que la conducta material o ejecutiva, debe ser desplegada por un servidor público, quien según el artículo 20 del estatuto represor se entiende: *“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. // Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo de la Constitución Política”.*

La conducta descrita en el tipo consiste en que ese servidor público se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones donde éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes particulares. De donde surge que el objeto material del peculado por apropiación se constituye por los bienes sobre los cuales recae la apropiación.

El verbo rector del tipo es “apropiar”, por el cual *“(…) se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición ‘uti dominus’, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, de otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración”*⁸⁹.

⁸⁹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

De cara al elemento subjetivo del tipo, “en provecho suyo o de un tercero”, tenemos que el “provecho es cualquier utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidos o procurados por el infractor, sin que importen su naturaleza, oportunidad ni proporciones”⁹⁰. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo⁹¹. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSÉ CANCINO sostiene que dicho elemento subjetivo “(...) indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, pero sin que sea preciso que la real apropiación se agote. Es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente (...)”⁹².

Por ello, el beneficiario del provecho no sólo puede ser el autor del delito, sino también un tercero, como lo estableció la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de agosto de 1989, con ponencia del H. M. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, cuando dijo: “Tal comportamiento corresponde, entonces ampliamente, con aquel que describe el Código Penal en su artículo 133 bajo la denominación del peculado, sin que puedan acogerse los reparos de la defensa al objetar que en esa acción no consiguió la acusada beneficio alguno, cuando la norma prevee la alternativa aquí cumplida de que la apropiación ocurra no solo en beneficio del empleado desleal, sino también de “un tercero”, siendo lo relevante el destacar que el acto de abuso no permite interpretación distinta a la voluntad de “Apropiación”, cuando el manejo de los bienes administrados se cumple al margen de las formalidades legales, y procediendo con la misma amplitud y autonomía como ocurre en el manejo de los propios bienes” (subrayado fuera del texto).

Es necesario que dichos bienes se hubieren confiado al servidor público para su administración, tenencia o custodia, por razón o con ocasión de sus funciones, es decir, que los bienes deben haberle sido entregados con una finalidad o intención específica, esto es, para su administración, tenencia, o custodia, y dicha potestad para administrar, custodiar o tener la debe fijar la norma jurídica que rige la respectiva función adscrita al servidor público, pudiendo asumir, en algunos casos, la forma de un acto administrativo.

Finalmente, frente a la expresión “por razón o con ocasión de sus funciones”, es preciso manifestar que “la entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia, física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidores, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”⁹³. Por lo que “no es necesario que los bienes que constituyen el objeto material de la infracción en comento sean detentados por el servidor público con una tenencia material o directa, como que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica, es decir, (...) aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el servidor público”⁹⁴.

⁹⁰ PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial*. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

⁹¹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

⁹² CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

⁹³ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

⁹⁴ *Ibidem* pág. 97

Ahora, de vuelta al asunto de la especie, si bien no le corresponde al Despacho realizar el juicio de responsabilidad de los Jueces Laborales del Circuito de Buenaventura que emitieron las decisiones cuestionadas, ni del director general de FONCOLPUERTOS de la época y de quienes lo representaron en la conciliación referida, ni de los Inspectores de Trabajo que participaron en su suscripción, se hace necesario establecer si se desplegó al menos una conducta típica y antijurídica, ya que la “determinación” para ser punible requiere, en virtud de la denominada accesoriedad limitada⁹⁵, que la conducta del autor no sólo sea típica sino también antijurídica.

En efecto, en el fallo expedido el 11 de julio de 2000, con ponencia del H. M. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, dentro del asunto 12758, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que en tratándose de la figura del determinador, para que se configure el punible no se requiere que esté acreditada la autoría y responsabilidad del agente o sujeto calificado. Así lo dijo esa máxima Corporación:

“(…) Ello se debe, en primer lugar, a que la responsabilidad penal es individual y personalísima, y que por el carácter limitado de la accesoriedad de la determinación frente a la autoría material del injusto, no puede exigirse como presupuesto para la punición de aquella, la concurrencia de todos los elementos que integran el delito y la responsabilidad del autor; de ahí que para establecer la responsabilidad del determinador no resulte preciso que el comportamiento del autor sea necesariamente punible, sino sólo que aparezca probado en el proceso que a consecuencia de la instigación del partícipe, el autor llevó a cabo una conducta típicamente antijurídica (…)”

Conforme a lo reseñado, las referidas 12 sentencias proferidas por los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura representados por la abogada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, pactadas pagar mediante acuerdo conciliatorio 34 de 1998 en favor de 12 exportuarios, y las respectivas resoluciones administrativas; representan una cifra dineraria que en cuanto bien, se dio con cargo al Tesoro Público y, por tanto, el comportamiento se ajusta materialmente al tipo penal establecido en el artículo 397 inciso 2° original del CP, esto es, peculado por apropiación agravado, el cual es atentatorio contra la administración pública, de donde emerge igualmente su antijuridicidad.

El Despacho encuentra que las providencias emitidas por los Juzgados Laborales del Circuito de Buenaventura señaladas en los cuadros anteriores fueron revocadas por el superior funcional, prueba que no se halla en algunos asuntos, así como que reconocieron la reliquidación de prestaciones sociales, la pensión de jubilación y/o el pago de salarios moratorios de manera irregular, junto con el acta de conciliación 34 y resoluciones administrativas que las pagaron, producto de reconocimientos contrarios a derecho como reliquidaciones indebidas producto de días no laborados (incluidos días de huelga), indemnización por despido injusto, la bonificación de cumplimiento, el exceso en las facultades *ultra y extra petita*, y los reconocimientos de conceptos que no eran factores salariales a efectos de reliquidaciones laborales; por lo que los aludidos servidores públicos, concurrieron personalmente en la confección y emisión de tales actuaciones disponiendo ilícitamente del patrimonio del Estado a favor de terceros, en este caso de los beneficiarios representados por la togada acriminada, mediante actos que estaban inequívocamente restringidos al ámbito de su competencia y dirigidos a la apropiación de bienes del Estado, sin que mediara fundamento legal alguno para ello.

⁹⁵ “(…) en la legislación de 1980 nada se estableció sobre la accesoriedad; por lo tanto, la solución del problema se dejaba a la doctrina. Hoy, en virtud de lo previsto en el artículo 30, el legislador previó, expresamente, la accesoriedad limitada (…)” HERNANDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

En lo atinente a la agravante por la cuantía, vale referir que los montos señalados en la segunda tabla adjunta en el aparte 3 de las “*CONSIDERACIONES*” del presente fallo, se adecuan con creces al monto descrito en el inciso 2° del canon 397 original del CP, norma especial que aumenta la punición para el peculado por apropiación y define la causal de agravación por efectos de cuantía.

Por tales motivos, el Despacho encuentra acreditado que las conductas escrutadas son objetivamente típicas y antijurídicas, y corresponden al punible concursal de peculado por apropiación agravado según el artículo 397 primigenio inciso 2° de la actual codificación represora así como según el canon 31 represor, dado que en razón de los comportamientos perpetrados por servidores públicos habilitados para disponer del erario, terceras personas se vieron amparadas con actos enderezados a la apropiación indebida de bienes estatales que estaban bajo su administración y custodia en atención a sus funciones, por cuantías superiores a 200 SMLMV, configurando con ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

Establecido que el actuar de la procesada es objetivamente típico y antijurídico, se entra a analizar la conducta desplegada como presunta responsable.

Se encuentra demostrado que la procesada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN conocía que con su actuar podía incurrir en una conducta punible, y aun así la realizó.

En efecto, sin que medie hesitación alguna, se percibe que la acusada como profesional del derecho, con experiencia litigiosa en el área laboral, conocía a qué tenían derechos los exportuarios a los cuales representó, y sabiendo eso, solicitó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de la mesada pensional y el pago de salarios moratorios, sin ningún fundamento jurídico y/o fáctico, e impulsó los trámites judiciales y administrativos en lo que era de su incumbencia, por ejemplo, presentando demandas, radicando memoriales en la fase judicial y administrativa y participando en las audiencias de trámite en procesos judiciales, así como el audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo; actuaciones realizadas por aquella togada a fin de obtener los reconocimientos que perseguía, reconocidos por providencias judiciales, acta de conciliación y posteriores resoluciones administrativas, logrando una apropiación de bienes estatales sin justificación alguna en los puntos arriba detallados.

Este aserto se edifica con fundamento en lo acreditado en el expediente, incluida la versión ofrecida por la aludida acriminada.

De hecho, la encausada GUERRERO MORÁN manifestó que en su ejercicio profesional representó cerca de 60 extrabajadores de COLPUERTOS, al estimar que la empresa en el proceso de liquidación cometió muchas anomalías, a lo que agregó que los exportuarios acudieron a ella al ser natural de Buenaventura.

Además sostuvo que ella con base en los documentos que le entregaban los exportuarios revisaba, por ejemplo, si se habían hecho descuentos del tiempo laborado, si se había omitido alguno factor salarial en las liquidaciones, entre otros.

Igualmente, de manera amplia detalló los trámites judiciales y administrativos que culminaron con las sentencias, acta y resoluciones administrativas, sumado a que indicó que dichas actuaciones fueron dictadas y emitidas en debida forma, con todos los anexos y pruebas.

De otra parte, dijo que no se cumplió con la normativa al desvincular injustamente a sus representados sin reconocer inmediatamente la pensión de jubilación; que el grado de consulta en esa época no era obligatorio; que en la demanda se podía

enunciar de manera general posibles errores y omisiones; que las inspecciones judiciales determinaban los valores exactos; y que no puede controvertir decisiones de segunda instancia proferidas muchos años después del término legal.

Así, el Juzgado observa desprovistos de virtud exculpatoria lo sostenido por la acriminada al momento de ejercer su defensa material en lo que entraña real ciencia y voluntad personal así como compromiso doloso subjetivo, y se detalla que el conocimiento que tenía acerca de las prestaciones sociales y lo que se encontraba regulado en la CCT aplicable de la extinta COLPUERTOS, refleja su dominio cognoscitivo sobre los derechos que se desprendían de la regulación legal y convencional junto a sus límites, así como de la ilicitud de las pretensiones que configuraron las conductas típicas y antijurídicas aquí estudiadas.

La acusada referida, con la correspondiente habilitación para ejercer la postulación, presentó demandas ordinarias laborales, impulsó los trámites judiciales y administrativos, participando en las distintas etapas de los procesos ordinarios laborales y radicando memoriales ante FONCOLPUERTOS para obtener el pago de las providencias judiciales, actuaciones orientadas a obtener, entre otras acreencias, la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios sin fundamento jurídico y factico admisible; pretensiones que concluyeron en acuerdo conciliatorio irregular y en las posteriores resoluciones administrativas que generaron el consecuente detrimento patrimonial de la Nación.

Es diáfano que como profesional del derecho, sabía que al reclamar conceptos laborales sin sustento jurídico ni fáctico respecto de sus representados como reliquidaciones indebidas producto de días no laborados (incluidos días de huelga), indemnización por despido injusto, la bonificación de cumplimiento, el exceso en las facultades *ultra y extra petita*, y los reconocimientos de conceptos que no eran factores salariales a efectos de reliquidaciones laborales; reconocimientos, que fueron soportados en providencias judiciales que fueron posteriormente revocadas en sede de consulta, se estaría incurriendo en conducta punible al ser contrarios a derecho, derivándose como única consecuencia posible la reliquidación ilícita de los conceptos prestacionales, tornándose en una defraudación de las arcas públicas.

Estas conclusiones revelan que la mencionada acusada era consciente de haber formulado dichas reclamaciones insustanciales e inadmisibles en derecho, pero pese a ello decidió obrar en sentido contrario a la Ley, sin que resulte aceptable que la actuación de los servidores públicos sea una eximente del comportamiento de la togada, ya que aquellos obraron en tal sentido porque la acriminada los llevaron a ello, con la finalidad de que los mismos accedieran a sus pedimentos; y sin que sea tampoco admisible pretender desconocer que su labor como profesional del derecho implicaba el acopio de la documentación requerida y el conocimiento previo de la realidad concreta que iba a debatir en sede judicial y administrativa, incluida la revisión de las hojas de vida, y que no es exculpatorio de sus actuaciones, el hecho de que quienes la buscaron para adelantar las demandas fuesen los extrabajadores directamente, ni que la revocatoria de los fallos fuese algunos años después de proferidas las sentencias de primer grado.

Por manera que el Despacho arriba al convencimiento exigido por el ordenamiento jurídico acerca de que la encausada referida desplegó la actividad típica y antijurídica peculadora concursal aquí analizada con dolo, es decir, con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y con entera voluntad de desarrollar la conducta y conquistar la finalidad delictual y sancionada por la Ley previamente propuesta.

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento de la procesada referenciada así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por la misma para perpetrar

las conductas que se examinan⁹⁶, puesto que aviene inhesitable que las pretensiones formuladas se gestaron en medio de masivos cobros irregulares por parte de abogados y los extrabajadores, quienes de manera generalizada y en vista de la liquidación de la Empresa Portuaria, del desgüeño administrativo de la misma y su pronta desaparición, entablaron altísima cantidad de reclamaciones, aún sin justificación alguna, amparados en interpretaciones amañadas de Convenciones Colectivas de Trabajo, con de una u otra forma concurrencia de Jueces y funcionarios de esa entidad estatal.

Ese hecho es abiertamente conocido en la historia de este país, y ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia nacional, como lo cita y precisa la Sala de Casación Penal de la H. de la Corte Suprema de Justicia en providencia emitida el 01 de abril de 2009, en el radicado No. 28128, cuando adujo:

“...se investiga a servidores públicos, abogados y trabajadores de Puertos de Colombia, resultando palmario en tales asuntos que el fondo de liquidación de dicha entidad se convirtió en la caja menor de personas que se propusieron obtener retribuciones económicas que en estricto derecho no les correspondía⁹⁷.

Para el efecto y en aras de la obtención de actos administrativos o fallos judiciales, abogados y trabajadores presentaron peticiones y demandas que a la postre, y en muchos asuntos con la intervención de servidores públicos, le significó a Foncolpuertos egresos millonarios que nunca debió poner a disposición de los defraudadores...”.

También dijo en otra decisión:

“...Un tal modus operandi se ajusta a la perfección a aquel que de años atrás ha caracterizado uno de los episodios de corrupción más deplorables, como lo ha sido la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, a través del fondo especial –Foncolpuertos- que el Ejecutivo creó para esos efectos, y que puso en cabeza de la Nación la asunción del costo del complejo procedimiento.

Recuérdese –tal como lo ha precisado la Sala en abundantes pronunciamientos emitidos en sede de casación⁹⁸- la manera en que operó la masiva defraudación a los bienes estatales, cuando los ex trabajadores portuarios -a través de un bien montado contubernio en el que

⁹⁶ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

⁹⁷ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido sentencias y autos de casación, y como juez de primera y segunda instancia por hechos referidos a la defraudación de Foncolpuertos por delitos de *peculado, prevaricato, fraude procesal, estafa, falsedad, concierto para delinquir* y otros punibles, así: 07/11/2001, radicación 18882; 12/05/2000, radicación 16863; 25/09/2001, radicación 18021; 28/11/2002, radicación 17022; 16/12/2002, radicación 19095; 21/01/2003, radicación 19489; 06/03/2003, radicación 18021; 23/04/2003, radicación 18021; 27/05/2003, radicación 18666; 26/11/2003, radicación 19630; 09/02/2005, radicación 23153; 04/05/2005, radicación 23550; 15/11/2005, radicación 24466; 26/01/2006, radicación 20647; 18/05/2006, radicación 23350; 01/06/2006, radicación 21428; 16/06/2006, radicación 24746; 16/06/2006, radicación 24145; 16/06/2006, radicación 23954; 22/06/2006, radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615; 23/11/2006, radicación 26300; 23/11/2006, radicación 26091; 01/02/2007 radicación 26198; 28/02/2007, radicación 23564; 28/02/2007, radicación 25475; 07/03/2007, radicación 23979; 21/03/2007, radicación 26695; 27/03/2007, radicación 27124; 09/04/2007, radicación 27124; 11/04/2007, radicación 25612; 20/04/2007, radicación 27124; 27/04/2007, radicación 27124; 03/05/2007, radicación 27124; 06/06/2007, radicación 25661; 27/06/2007, radicación 27393; 01/08/2007, radicación 27598; 01/08/2007, radicación 25263; 15/08/2007, radicación 25800; 06/09/2007, radicación 27092; 28/11/2007, radicación 24905; 28/11/2007, radicación 27225; 30/01/2008, radicación 25043; 20/02/2008, radicación 27425; 29/02/2008, radicación 29222; 06/03/2008, radicación 29317, entre otros asuntos.

⁹⁸ Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

participaron abogados litigantes y, de manera decisiva, algunos jueces laborales- se hicieron a multimillonarias e ilegales prestaciones, aprovechando así, no solamente el desorden administrativo imperante en todo el proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, sino la participación de funcionarios judiciales corruptos que hicieron caso omiso de la ostensible improcedencia de las demandas instauradas.

El anterior proceder ha constituido lugar común en las numerosas defraudaciones a los bienes del Estado con ocasión de las demandas dirigidas contra Foncolpuertos, a tal punto que, a través de incontables pronunciamientos jurisprudenciales, se ha elevado a una verdadera regla de experiencia, la cual fue aplicada a varias de las también numerosas sentencias condenatorias...⁹⁹

Es claro que la procesada togada utilizó este contexto en cuanto oportunidad y escenario propicio para perpetrar la conducta que se examina¹⁰⁰. En efecto, se aprecia que se encontraba en el momento en el que la entidad estatal estaba sometida por un inmenso número de extrabajadores a reclamaciones y demandas judiciales enderezadas a obtener el pago de todo tipo de rubros, lo que hace emerger a la luz de los principios que gobiernan la sana crítica, la persuasión racional y la valoración probatoria el indicio de oportunidad grave contra el acriminado, máxime cuando sus reclamaciones se enderezaron a lograr efectos dinerarios ilícitos, y cuando al interior de FONCOLPUERTOS era conocida la ligereza con que sus dependencias internas emitían conceptos en torno de las presuntas conductas delictivas cometidas con las reclamaciones y su acogimiento, la falta de defensa integral de la Nación, y el bajo nivel de importancia dado al control respecto de las peticiones formuladas y de los conceptos estimados por los Jueces Laborales del Circuito.

Finalmente, corrobora lo expuesto el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del “escándalo” de la referida Empresa Portuaria, el cual sin duda alguna era sabido por los abogados, los extrabajadores, los sindicatos y dirigentes de esa entidad así como por la comunidad nacional, percibiéndose que los mismos trabajadores junto con los abogados ante su eminente liquidación, utilizaran en provecho propio el momento propicio que se brindaba y que les garantizaría la prosperidad de sus pretensiones, por más descabellados que fueran sus fundamentos e ilícita su finalidad, y el pago de las mismas, mucho más cuando en el ambiente se difundía la emisión de sentencias y actos administrativos indiscriminados, o conciliaciones, por factores inviables en derecho o rubros no explicitados ni debidamente calculados, favorables a los pedimentos de los exempleados, de forma que sin importar el concepto que se alegara, se obtendrían pingües valores dinerarios, situación que, sin duda alguna, fue robustecida por la falta de atención oportuna de los procesos laborales, la deficiente defensa de los intereses de la Nación, el desparpajo administrativo de esa entidad y el acceder sin óbice legal alguno a los pedimentos¹⁰¹, como igualmente se desprende del material suasorio allegado oficiosamente por el Despacho.

⁹⁹ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

¹⁰⁰ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

¹⁰¹ La Empresa Puertos de Colombia fue creada mediante la Ley 154 de 1959, siendo transformada ulteriormente, por el Decreto 1174 de 1980, en Empresa Industrial y Comercial del Estado. Así mismo, el 10 de enero se expidió la Ley 1ª de 1991, con el fin de restaurar el sistema de puertos, liquidar y privatizar la entidad; para regular dicho proceso se expidieron los Decretos Ley 035, 036 y 037 de enero de 1992, con los que se disponía, respectivamente, la supresión de empleos como resultado de la liquidación y reglamentar el régimen de pensiones, la indemnización de trabajadores oficiales y la bonificación de empleados públicos; el 036, se ocupaba de la estructura del Fondo, y crea la entidad denominada FONCOLPUERTOS, como un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; y por último, el Decreto 037 se encargó de regular el manejo presupuestal y contable de la empresa Puertos de Colombia, con cargo al caudal

Así, en ese marco de acontecimientos, la realidad brindaba la oportunidad necesaria y requerida para que la togada aquí acusada, en igual forma que muchos otros extrabajadores, intentara lo propio; los hechos acreditados permiten demostrar que en ese contexto de desfalco de FONCOLPUERTOS la acriminada presentó varias reclamaciones judiciales ya administrativas, así como participó en pacto conciliatorio, obteniendo diversos reconocimientos.

De hecho, en sentencia del 12 de mayo de 2010, con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González de Lemos, en el asunto No. 29799, el máximo órgano en lo penal reitera¹⁰²:

“... hacía por lo menos dos años (noviembre de 1996) desde cuando los diversos medios de comunicación escrita y oral de Colombia venían registrando en forma profusa noticias entorno a la millonaria defraudación, precisamente con ocasión del masivo cobro irregular de obligaciones laborales ya pagadas o reliquidaciones infundadas, que se sustentaron en resoluciones espurias, mediante la connivencia entre ex trabajadores, abogados litigantes quienes los representaban, así como apoderados de la empresa, ex directivos de Colpuertos, directivos de Foncolpuertos y lo más importante, funcionarios judiciales...”

Todo aquel ámbito de caos de la empresa portuaria fue aprovechado por la procesada mentada, pues con el recuento anterior, se muestra como la participación en el pacto conciliatorio, así como las demandas y reclamaciones presentadas ante FONCOLPUERTOS se realizaron en tiempo en el que ya era de conocimiento nacional a través de los medios de comunicación las irregularidades que se estaban presentando en torno de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, y que llevaban a determinar el actuar para obtener un provecho económico.

Entonces, teniendo en cuenta el desempeño como profesional del derecho, la experiencia laboral y sus versiones, se deriva el conocimiento de la ilicitud de las acreencias que reclamó a nombre de los extrabajadores, lo cual se corrobora por el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, revelándose así la desmedida intención de hacerse a ganancias dinerarias por la promoción de tales pedimentos violatorios del ordenamiento jurídico y conculcadores de las arcas públicas, de forma que el Despacho no halla ninguna duda respecto del compromiso subjetivo de la acusada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, ni tampoco del dolo con el que actuó.

Fortalece esta conclusión advertir que nadie puede alegar a su favor haber actuado de buena fe cuando quebranta el ordenamiento normativo perpetrando actos defraudatorios lejanos de la verdad, la justicia y la equidad; y cuando a voces de la regla 9ª del Código Civil (CC) ninguna persona puede excusarse en la ignorancia de la Ley.

que le transfiera la Nación al Fondo de pasivo para la liquidación de personal; mediante el Decreto 1689 de 1997, se dispuso la supresión del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, y se le asignó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la atención de los procesos judiciales y demás reclamaciones de carácter laboral a cargo de la extinta entidad; fue así como por medio del artículo 2º del Decreto 1211 de 1998, se facultó a dicha Cartera para que a través del Grupo Interno de Trabajo (GIT) y de las demás dependencias del Ministerio que debieran intervenir, con arreglo a su estructura y distribución de competencias, se ocupara de la tramitación y autorización del pago de las obligaciones que conformaran el pasivo social del referido ente. También con la Resolución 03137 del 31 de diciembre de 1998, se crea el “Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del pasivo Social de Puertos de Colombia”, con dependencia jerárquica y funcional del Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, encargado de coordinar todo lo concerniente a la Empresa Puertos de Colombia; más adelante dicho Grupo se extinguió y su labor y carga fue asignada a la UGPP.

¹⁰² Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najjar Moreno.

Enseguida, el Despacho se referirá al grado de concurrencia personal de la procesada hallada responsable del comportamiento por el cual se procede.

El artículo 29 del CP, establece acerca de la autoría:

“Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

Frente al amplificador del tipo denominado participación, se tiene que el precepto 23 del Decreto Ley 100 de 1990 incorporó esta modalidad, la cual fue mantenida por la codificación penal actual en su canon 30, el cual indica:

“ARTICULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

La doctrina referente a la figura del determinador ha señalado que *“es un partícipe cuya responsabilidad penal se fundamenta en el dispositivo amplificador y se rige por el principio de accesoriadad limitada; el determinado, ejecutor material, es el verdadero autor que tiene el dominio de hecho y por tanto debe reunir las características personales exigidas en el tipo”*¹⁰³. También ha sostenido que el *“partícipe es el que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, trátase de una instigación [determinador] o de un cómplice, por ello esta forma de concurso de personas se caracteriza de manera negativa, pues el agente no ejecuta la acción típica”*¹⁰⁴.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha delimitado y establecido las características y requisitos de la determinación. Es así como en sentencia emitida el 13 de abril del 2009, en el caso 30125, con ponencia del HH. MM. Drs. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, estableció:

“(…) El determinador (artículo 30 Ley 599 de 2000) como forma especial de la participación, es aquella persona que por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible. Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir, y como conducta contrae elementos a identificar. En efecto:

Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento, están dados en que aquel se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la

¹⁰³ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

¹⁰⁴ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

voluntad criminal, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable.

Desde la teoría del delito, bajo la cual se entiende que los itinerarios puramente ideativos de los comportamientos ilícitos no son punibles, porque ello traduciría penalizar las expresiones del pensamiento, se comprende que los actos del determinador no se pueden quedar en la simple cooperación o solidaridad moral ni en sólo hacer surgir en el otro la idea o en reforzar la ya existente al respecto, sino que además, deberá ser incidente en la génesis de la voluntad criminal del inducido, la cual debe tener una materialización consumada o al menos tentada, pues sin ese principio de ejecutividad no puede haber autoría y menos participación en esa modalidad.

La Corte, al respecto, ha dicho:

Lo que si merece una reflexión separada es el significado jurídico y gramatical de la conducta determinadora. En efecto, "determinar a otro", en el sentido transitivo que lo utiliza el artículo 23 del Código Penal, es hacer que alguien tome cierta decisión. No es simplemente hacer nacer a otro la idea criminal sino llevarlo o ir con él a concretar esa idea en una resolución. Esa firme intención de hacer algo con carácter delictivo, como lo sostiene la doctrina jurisprudencial y lo acepta el impugnante, puede lograrse por distintos modos de relación intersubjetiva: el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable.

Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado¹⁰⁵.

A su vez, entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, debe existir un nexo de correspondencia, porque si la resultante difiere de los objetos de incidencias subjetivas realizadas por el inductor, no se le podrá atribuir responsabilidad penal alguna.

La Corte, entre otros pronunciamientos ha dicho que el determinador:

No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo de la coacción.

(...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación¹⁰⁶.

En otra oportunidad dijo:

Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.

Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

*plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturatus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinante sino verdadero coautor material del injusto típico¹⁰⁷.*

(...)

Entre esos comportamientos existe un punto de convergencia, cual es que ninguno de los dos tiene el dominio material del hecho criminal de que se trate, con ello se significa que no ejecutan de manera directa la conducta punible, la cual se materializa a través de un referente sobre el que han incidido o inducido. En un caso es llamado “ejecutor determinado” a quien de igual se le deriva responsabilidad penal, y el otro a diferencia, se constituye en “instrumento”, el cual actúa exento de reprochabilidad penal, ora por haber sido engañado de manera invencible o coaccionado por una fuerza irresistible (...).”

En torno del determinador en los delitos con sujeto activo cualificado, el máximo órgano de lo penal colombiano, en fallo de 3 de junio de 1983, había señalado que la condición especial exigida en el tipo sólo se reclama de quien materialmente realiza la conducta y no del determinador. Sobre el tema precisó esa Alta Colegiatura:

“(...) En cambio en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado (...). En este caso, si se trata de sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien se debe exigirse la calidad.”

En ese sentido, dicha Corporación en sentencia expedida el 03 de diciembre de 2009, dentro del asunto 32763, con ponencia del H. M. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán, reiteró:

“Bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala, que en los delitos de sujeto activo cualificado –servidor público– es posible atribuir la conducta a título de determinador, al particular que sin ejecutarla directamente, induce a otro a realizarla, caso en el cual le corresponde la pena prevista para la infracción”.

Descendiendo al caso concreto, de acuerdo con las pruebas que obran en la actuación, es claro que la abogada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN es responsable a título de determinadora de los reatos concursales de peculado por apropiación agravado, toda vez que si bien es cierto que la doctrina penal ha admitido que la determinación se fragua a través de las modalidades a las que hace mención, no lo es menos que tales corresponden únicamente a ejemplos de mecanismos, sin que alguna vez hubiese establecido un número cerrado (*numerus clausus*), de allí que haga también referencia a ‘Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema...’ o a ‘cualquier otro medio’ (*numerus apertus*) que viabilice efectivamente que el determinador logre que el determinado obre injustamente en el sentido ilícito que el primero se propone, sin que para este efecto como en el presente asunto, sea necesario el conocimiento previo o concomitante, la cercanía, la relación interpersonal, negocial, de amistad, o el común acuerdo expreso entre éstos, por ejemplo.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

Por esta vía, la togada referida al presentar reclamaciones judiciales y administrativas, previa obtención de poderes, así como al impulsar los trámites judiciales y administrativos, y participar en el pacto conciliatorio pluricitado, todos con el propósito inequívoco de que sus representados se apropiaran ilícitamente de dineros públicos, viabilizó efectivamente lo que estaba de su parte para mover el aparato judicial y administrativo, a fin de que fueran las autoridades judiciales y administrativas competentes las que dispusieran lo necesario, y en la medida de su competencia, ora mediante providencias, ora mediante conciliación, ora a través de resoluciones, para que su propósito se materializara en la realidad, es decir, de lograr que del Tesoro nacional se destinaran algunos rubros para engrosar indebidamente el peculio personal de terceros o el propio.

Por ello, resulta diáfana la resolución en la acriminada referida de que dichos servidores públicos cometieran una conducta típica y antijurídica para beneficio de sus prohijados, como lo fue que se reconociera conceptos irregulares en las mentadas providencias judiciales, acta conciliatoria y que la entidad estatal emitiera las resoluciones administrativas mediante la cuales ordenaron pagar montos sin ningún sustento fáctico ni tampoco jurídico.

La togada procesada presentó, como profesional del derecho, reclamaciones laborales, radicó memoriales en la fase judicial y administrativa y participó en las audiencias de trámite en los procesos judiciales y en la audiencia conciliatoria, de las cuales se derivaron todas las actuaciones que culminaron en los referidos reconocimientos, con el propósito y voluntad inequívocos de conseguir que la idea delictual se transformara con la necesaria actuación del respectivo servidor público o quien se le equiparaba, en una decisión ilegal favorable a la finalidad delictual por ellos trazada, la cual se concretó en la comisión de los delitos de peculado por apropiación agravado.

Y para tal efecto no era necesario que el mismo Director ante quien se presentaron las reclamaciones administrativas, hubiese sido quien los atendiera personalmente o elaborara el proyecto, o que entre el determinador y el determinado existiera una relación interpersonal, de negocios, de amistad, o el común acuerdo expreso, toda vez que para el caso bastó con que las actuaciones de la procesada, inequívocamente dirigidas a defraudar el peculio público, constituyesen el motivo de impulso de los trámites pertinentes y de la apropiación irregular.

Así, es evidente que los reconocimientos de las reliquidaciones de las prestaciones sociales, reajuste de mesadas pensionales y pago de indemnizaciones moratorias contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, fueron posibles con el concurso efectivo de servidores públicos, como el(la) Gerente General de FONCOLPUERTOS de manera directa y/o por medio de apoderado en la celebración del acta de conciliación y el inspector de trabajo que participó en la misma, así como de los Jueces Laborales del Circuito de Buenaventura de la época, quienes tenían la facultad de disponer del erario, cumpliéndose así lo normado en el artículo 20 del actual CP y en el precepto 18 de la Ley 190 de 1995, respecto de quien es considerado como servidor público, logrando determinar la encausada con su conducta criminal la comisión de los ilícitos aquí analizados.

La radicación de memoriales, participación en audiencia, y, en general, el impulso de los trámites judiciales y administrativos de dicha togada investida del mandato conferido por los poderdantes, constituyeron el motivo que impulsó todo el diligenciamiento que a su turno culminó en las providencias judiciales, en el acta de conciliación mentada y en las resoluciones administrativas. El actuar de la acusada, contrario a lo aducido por la defensa, fue un medio eficaz e idóneo para determinar la perpetración del comportamiento ilícito, y apropiación de los dineros del Estado.

Ahora bien, a pesar de que la defensa pretende que este Estrado desconozca todo el entramado de la determinación que se estudia bajo el argumento de que se ignora la relación entre la acriminada y las autoridades determinadas, basta con observar, ante tan endeble alegación, que la misma se desató por su concurrencia personal en los trámites que realizó ante los despachos de aquellos servidores con potestad decisoria y/o habilitación dispositiva del erario, ya referidos en cuanto servidores públicos o quienes se le homologan que desplegaron el obrar típico y antijurídico llevado a cabo como accionar por instigación o inducción de la acusada.

Por tal razón, contrario a los argumentos defensivos, el Despacho considera acertada la acusación de la Fiscalía delegada en torno del grado de participación de la acusada citada, esto es, al señalarla como agente en calidad de determinadora.

En lo que atañe a la lesividad del comportamiento delictivo de la imputada, el Juzgado considera que además de típico es antijurídico, y seguidamente ahondará en ello, porque resulta atentatorio del bien jurídicamente tutelado conocido como la administración pública.

El valor superior amparado por el ordenamiento normativo en lo que toca al delito de peculado por apropiación, es la administración pública, acerca del cual la doctrina ha decantado que no sólo implica las funciones relativas a la rama ejecutiva del poder público, sino que concierne a las otras, incluso los órganos de control. Es así como se ha sostenido que *“el concepto de administración pública comprende toda la actividad funcional del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa”*¹⁰⁸. En el mismo sentido se ha decantado lo que comprende dicho bien jurídico, cuando se manifiesta que *“se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”*¹⁰⁹.

Frente al objeto jurídico de protección específico del peculado por apropiación el tratadista ya mencionado ANTONIO JOSÉ CANCINO sostiene: *“en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública”*¹¹⁰.

La legislación nacional en el artículo 11 del CP establece que *“Para que una conducta típica sea punible requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley”*. Por tal razón la conducta debe no sólo contradecir el ordenamiento jurídico penal, sino que también debe lesionar o poner en peligro efectivamente el alto valor protegido por la Ley.

De cara al caso concreto, se observa que el propósito de la acusada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, consistente en solicitar la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de la mesada pensional y el pago de salarios moratorios, sin ningún fundamento jurídico y/o factico, así como impulsar los trámites judiciales y administrativos en lo que era de su incumbencia, por ejemplo, radicando memoriales en la fase judicial y administrativa y participando en las audiencias de trámites en

¹⁰⁸ BERNAL PINZON, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 1

¹⁰⁹ FRANCISCO JOSE FERRERA, *Delitos contra la Administración Pública*. 3 ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

¹¹⁰ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 93-94.

los procesos judiciales, así como participar en el pacto conciliatorio; actos mediante los cuales se alcanzó el reconocimiento de conceptos laborales a través de providencias judiciales, acta de conciliación y resoluciones administrativas contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, contrarias a derecho, y que constituyen comportamientos inequívocamente orientados a que se cancelasen de manera irregular acreencias laborales improcedentes en derecho y a generar un desfaldo al erario, generando también una lesión a la administración pública al afectar el interés del Estado en la probidad y corrección de los funcionarios que concurren en la confección de tal acto, vulnerando asimismo el desarrollo estatal de las funciones públicas de administración, custodia o tenencia de los bienes estatales.

Por ello, es claro que la acusada citada con sus actividades no sólo contradijo el ordenamiento jurídico penal, sino que también lesionó el bien jurídico tutelado, sin que mediara justa causa para ello.

Ahora, en lo que toca a la culpabilidad, se detalla que el mandato 12 del CP establece: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradica toda forma de responsabilidad objetiva”*.

En torno del esquema de culpabilidad consagrado en la Ley 599 de 2000, la doctrina nacional indica que *“El nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), a diferencia del Código Penal de 1980, no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática; sin embargo, se podría afirmar que sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”*¹¹¹.

Respecto de este elemento requerido para la concreción del punible, el Despacho considera que la señora ANA MARÍA GUERRERO MORÁN merece el correspondiente juicio de reproche, en calidad de imputable, por haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, al serle exigible otra conducta, ya que al ser profesional del derecho con amplia experiencia, pudo actuar conforme al ordenamiento, por ejemplo, absteniéndose de perpetrar dicha actividad, declinando de las ilícitas deprecaciones; empero, en vez de ello, decidió deliberadamente llevar a cabo la actividad delictual descrita con anterioridad, obrando con conocimiento de la antijuridicidad al saber que su comportamiento es ilícito y que con él lesionaban los más altos valores estatales que garantizan la convivencia, máxime cuando era una persona que por entonces era conocedora del canon imperante y de los asuntos prestacionales y laborales relativos a las determinaciones aquí examinadas.

Siendo la conducta típica, antijurídica y culpable, y al no encontrar este Estrado la activación de causales de antijuridicidad o inculpabilidad debe concluir que se logra desvirtuar el principio de inocencia y, por tanto, no es posible aplicar el principio *in dubio pro persona* respecto de la acriminada.

Por los motivos aquí expuestos, el Juzgado arriba a la plena certeza de que la acusada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN actuó en calidad de determinadora responsable de las conductas delictivas concursales de peculado por apropiación agravado, y, por ende se hace acreedora del castigo correspondiente en Ley.

Finalmente, cabe dejar por sentado que con estas consideraciones el Juzgado responde **en lo esencial** a las alegaciones presentadas por los sujetos procesales en los tópicos pertinentes al objeto de este acápite.

¹¹¹ CORDOBA ANGULO, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

VIII. PUNIBILIDAD

El Despacho procederá a establecer la sanción a imponer por la comisión de las conductas punibles cometidas, analizando lo correspondiente a la pena principal y a las accesorias, individualizando cada una de ellas, para después señalar la pena definitiva de conformidad con la regla 31 del CP.

Acorde a los cánones 60 y 61 del CP, para individualizar la pena de la conducta punible cometida por la procesada, es necesario en primer lugar fijar los límites de los mínimos y máximos en los que ha de moverse el Juzgador; en segundo término, dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos; luego, ubicarse en el cuarto correspondiente de acuerdo con lo establecido en el inciso 2° del canon 61 del estatuto penal; y, finalmente, fijado el cuarto correspondiente en el que se moverá, impondrá la sanción correspondiente según el inciso 3° del mandato 61 del CP.

1. De la sanción privativa de la libertad

El peculado por apropiación trae como pena de prisión, según la disposición 397 original del CP vigente, de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses. Empero, en el caso de circunstancia de agravación por cuantía, el Legislador indica que, si el objeto material del mismo supera el valor de los 200 SMLMV, dicha sanción se aumentará hasta en la mitad, y en el presente caso los valores corresponden a unas cuantías que superan dicho límite, tal como se anunció en el acápite pertinente, de suerte que los nuevos extremos punitivos, de conformidad con el canon 60 inciso 2° regla 2ª de la Ley 599 de 2000, serán de 72 a 270 meses de prisión.

Según el artículo 61 del CP, luego de establecidos los límites mínimos y máximos en los que se moverá el Juzgador, se dividirá el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, como sigue.

| PRIMER CUARTO | SEGUNDO CUARTO | TERCER CUARTO | ULTIMO CUARTO |
|------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| 72 a 121.5 meses | 121.5 a 171 meses | 171 a 220.5 meses | 220.5 a 270 meses |

Ahora bien, para fijar el cuarto en el que el Despacho debe moverse, se tendrá en cuenta que en el presente caso no se encuentran imputadas ni acreditadas circunstancias agravantes genéricas o de atenuación punitiva, por lo que al no haberse imputado circunstancias genéricas de incremento sancionatorio, de acuerdo con el inciso 2° del mandato 61, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, esto es, entre 72 y 121.5 meses de prisión.

Para efectos de la tasación dentro de los límites señalados anteriormente, el inciso 3° del artículo 61 represor indica que se deben analizar los siguientes aspectos.

Frente a la gravedad de la conducta se detalla que esta se afina en la seriedad y trascendencia del comportamiento ilícito perpetrado, debido al cual se cometió el punible de peculado por apropiación que toca un bien jurídico de gran relevancia para el ordenamiento jurídico como la administración pública. Las conductas desplegadas por parte de la procesada no sólo implicaron una amenaza real y cierta del citado bien jurídico, sino que se gestaron en el marco del gran detrimento patrimonial generado al Estado en el caso de FONCOLPUERTOS, el cual aún hoy sigue teniendo implicaciones pecuniarias para las arcas estatales, dentro de la materia particular y atinente al área de las pensiones en el sector público, punto que revela su importancia e impacto estatal y social.

Se observa las actuaciones de la acriminada ante las autoridades judiciales y administrativas del Estado que tenían las facultades dispositivas sobre los bienes del mismo para determinarlas a fin de que emitieran decisiones de su competencia para materializar los punibles de peculado por apropiación ya referidos, delitos atentatorios contra la administración pública de innegable relevancia para el ordenamiento jurídico y la convivencia pacífica del conglomerado, con los cuales puso igualmente en entredicho la confianza y credibilidad de los asociados en sus autoridades administrativas y judiciales así como en la legalidad de sus decisiones, e incrementó el desgaste de las instituciones públicas que debieron atender el enderezamiento a derecho de la situación, desde el campo administrativo y ejecutivo.

Además, la acusada con su accionar se alejó conscientemente y por completo de los principios que gobiernan la administración pública, consagrados en el canon 209 superior, del deber de obrar con lealtad de cara al principio de la buena fe y de la obligación de actuar con probidad ante las autoridades de la República, de velar y salvaguardar la “*res publica*” en cuanto ciudadana, y de que acorde a los fines del Estado y el precepto 1° de la Carta, el bien general prevaleciera sobre su interés particular.

De allí emerge que el comportamiento desplegado por la togada GUERRERO MORÁN no sólo atentó contra la administración pública como valor jurídicamente protegido por el Legislador, sino también contra el bienestar de la colectividad, constituyéndose el peculado en términos generales como forma de corrupción, en una barrera que ocasiona un alto grado de consternación e impacto social, por el perjuicio real y potencial que representa para la comunidad.

Profundizando en el tema la doctrina penal ha señalado:

“...la corrupción administrativa, perversión generalizada en el Estado contemporáneo, ha sido considerada como una de las amenazas más graves contra la estructura y esencia del Estado de derecho, unida a la amenaza del totalitarismo, la violencia subversiva y la delincuencia organizada.

En nuestro país, los índices de corrupción en el sector público han alcanzado dimensiones que lindan con lo que la doctrina ha dado en llamar ‘hipercorrupción’, ‘corrupción galopante’ o generalizada, ya que el flagelo ha invadido todos los ámbitos de la vida social...”¹¹²

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder de la acusada, se detalla que la lesión efectivamente causada con su conducta menoscabó el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valor que no ha sido reintegrado mediante descuento por nómina ni tampoco por devolución voluntaria, razón por la cual no se abre paso la morigeración punitiva normada en el canon 401 del CP; a esto se agrega que se afectó materialmente la administración pública en otros elementos que le son esenciales e inescindibles como son los principios que constitucional y legalmente la gobiernan y también la probidad, lealtad, transparencia, moralidad y rectitud de sus funcionarios, los cuales en razón de las ilicitudes escrutadas hizo perder la confianza que el conglomerado social les debía.

Ahora bien, el no contar con antecedentes judiciales¹¹³ al momento en que se cometieron los hechos, muestra que la implicada no ha atentado contra el ordenamiento jurídico en otras ocasiones previas.

¹¹² Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

¹¹³ Folio 38 y 61, C.O.1 de juzgamiento.

Y en lo referente a la intensidad de dolo, se advierte que la acusada sabía que los comportamientos que desplegaba constituían conductas punibles, y aun así las realizó; conocía de las implicaciones de determinar a servidores públicos de manera reiterada para apoderarse de bienes del Estado, más aun en las condiciones del gran desfalco contra FONCOLPUERTOS y en últimas contra la Nación, de forma que aunado a lo ya expuesto, en criterio de este Estrado el nivel de intencionalidad mostrado por la imputada es alto.

En esa medida, halla el Despacho que tanto el riesgo ilegal efectivamente creado y el impacto causado en el bien jurídico tutelado en cuanto afectación real y material, como el alto nivel del dolo mostrado por la acriminada, demandan definir la pena básica imponible a la procesada por efectos del concurso con fundamento en el canon 31 del CP y en las consecuencias jurídicas del delito de peculado por apropiación agravado originado en las actuaciones judiciales y administrativas de las que fue beneficiario el extrabajador Alberto Moy Vargas¹¹⁴, en un punto por encima del límite inferior, que coincide con setenta y cuatro (76) meses de prisión, los cuales deberán ser incrementados en un dos por ciento (2%) por cada uno de los otros once (11) peculados agravados en que incurrió, esto es, finalmente en un veintidós por ciento (22%) por los restantes delitos concursales.

Así, la pena en definitiva a irrogar será **NOVENTA Y DOS (92) MESES Y VEINTIÚN (21) DÍAS DE PRISIÓN** a título de determinadora responsable de la conducta punible concursal de peculado por apropiación agravado, **guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

2. De la pena de multa.

El Legislador adicionalmente prevé como sanción principal, la multa, en los términos de los artículos 34, 35 y 39 del estatuto penal. De acuerdo a la regla 397 inciso 1° del CP se impondrá “...*multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes...*”.

Así, en el presente caso se impondrá multa equivalente al valor de lo apropiado, visto que el mismo no excede el tope señalado en dicha norma, y acorde al derrotero seguido por el máximo Juez Penal Colombiano en su jurisprudencia¹¹⁵.

Ahora bien, el objeto dinerario de las actuaciones investigadas que ameritan esta condena por el comportamiento que desplegó la acusada GUERRERO MORÁN en calidad de determinadora es igual a: \$61.200.000 (**300,25 SMLMV de 1998**), \$99.600.000 (**488,65 SMLMV de 1998**), \$80.500.000 (**394,94 SMLMV de 1998**),

¹¹⁴ Es menester indicar que, de los 12 comportamientos endilgados, que no fueron objeto de declaratoria de prescripción de la acción penal, éste comprometió los recursos estatales en mayor cantidad, esto es, \$99.600.000 que corresponde a 488,65 SMLMV del año 1998 como se indicó con anterioridad.

¹¹⁵ Por ejemplo, en sentencia SP9225-2014 proferida con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González Muñoz, dentro del radicado N° 37462, el 16 de julio de 2014, al momento de definir la punición, esa Corporación señaló que en tratándose del delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 del CP, la sanción corporal allí contemplada, que se entiende en el inciso primero, se aumenta en una mitad; en tanto que la pena de multa equivale al valor de lo apropiado. De dicha tasación se desprende que la Colegiatura encargada de unificar la jurisprudencia nacional sobre el particular, ha dejado sentado que el monto de sanción pecuniaria a imponer en los eventos de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, es el mismo de la suma dineraria sobre la que versó el ilícito, baremo que es acogido por este Estrado, de cara a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta y habida consideración de que el citado pronunciamiento constituye precedente jurisprudencial, y, por ende, criterio auxiliar de la actividad judicial.

\$51.800.000 (254,13 SMLMV de 1998), \$52.300.000 (256,59 SMLMV de 1998), \$66.500.000 (326,25 SMLMV de 1998), \$66.200.000 (324,78 SMLMV de 1998), \$61.200.000 (300,25 SMLMV de 1998), \$74.500.000 (365,50 SMLMV de 1998), \$75.700.000 (371,39 SMLMV de 1998), \$75.200.000 (368,94 SMLMV de 1998), \$63.100.000 (309,57 SMLMV de 1998).

Por consiguiente, la acriminada deberá pagar por **concepto de MULTA** la cifra equivalente a la suma de **4061,24 SMLMV del año 1998**; monto que en su total respeta el límite legal de 50.000 SMLMV.

La multa **deberá ser cancelada en la cuenta especial destinada para tal efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho**, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, que modificó el canon 42 de la Ley 599 de 2000, una vez adquiera firmeza esta decisión, porque es a partir de ese momento cuando se hace exigible. Igualmente, **cuando quede ejecutoriado este fallo, se remitirá por la secretaría de este Juzgado** la primera copia del mismo con constancia de ello y de prestar mérito ejecutivo, indicando la fecha de firmeza, a la **Oficina de Cobro Coactivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** para los fines legales pertinentes, o en su defecto certificación en el sentido, para el propósito indicado en el referido precepto 6 de la Ley 2197 de 2022.

3. De la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado.

Al haber cometido la acusada GUERRERO MORÁN los comportamientos delictivos aquí examinados en despliegue de su ejercicio como profesional del derecho, halla asimismo el Juzgado la necesidad perentoria de imponerle la pena accesoria de **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO** a **ANA MARÍA GUERRERO MORÁN**, según las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, se detalla que según lo aquí esbozado, el delito escrutado fue cometido en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1996, el cual comportaba para este efecto en sus apartes 44 y 58, una sanción accesoria de prohibición para el ejercicio de profesión máxima de 5 años, en tanto que la norma paralela y posterior contenida en los cánones 46 y 51 de la Ley 599 de 2000 señala el lapso estriba entre 6 meses y 20 años, de donde emerge que la primera preceptiva en cita revierte para el acusado por efectos de legalidad ultractiva un beneficio que no envuelve la normatividad del año 2000, y, por ende, debe observarse para dosificar esta sanción accesoria, la cual debe efectuarse según el sistema de tasación por cuartos contemplada en la Ley 599 de 2000, ya que resulta más favorable para los intereses del acusado, por cuanto dicho sistema apareja una serie de limitaciones objetivas a las facultades discrecionales del Juzgador que antes no existían.

El aludido sistema queda como a continuación se expone, limitado al interior de cada cuarto por la cifra de 449.75 días:

| PRIMER CUARTO | SEGUNDO CUARTO | TERCER CUARTO | ÚLTIMO CUARTO |
|-----------------|---------------------|----------------------|---------------------|
| 1 a 450.75 días | 450.75 a 900.5 días | 900.5 a 1300.25 días | 1300.25 a 1800 días |

Y, en segundo término, a fin de conservar la unicidad de criterios en la dosimetría objeto de este acápite, se considera razonable, necesario y pertinente definir esta pena accesoria con arreglo a la misma proporción en que fue fijada la pena privativa de la libertad dentro del primer cuarto con referencia a la cifra que gobierna su amplitud de movilidad interior, de suerte que al estar regido cada cuarto acabado de deducir por el algoritmo de 449.75 días como diferencia entre sus respectivos

extremos, y aplicarse el citado valor de 41.85%¹¹⁶ en lo que toca a la movilidad dentro del primer cuarto, se obtiene el punto de ciento ochenta y ocho punto veintidós (188.22) días¹¹⁷ que se aproximará por favorabilidad a seis (06) meses y ocho (08) días.

En esta medida el Juzgado impone a la acriminada **ANA MARÍA GUERRERO MORÁN** sanción accesoria de **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA** durante el término de **SEIS (06) MESES Y OCHO (08) DÍAS**.

IX. DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

La Ley 1709 del 20 de enero de 2014 modificó, entre otros aspectos, la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Por consiguiente, con el fin de establecer cuál es la Ley más benigna, resulta indispensable partir de la definición de favorabilidad en materia sustantiva que trae el artículo 6° del CP, en los siguientes términos:

“Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Lo aquí importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, no es posible tomar de la antigua ley una parte y de la nueva, otra, porque de hacerlo, correspondería a una modalidad de configuración híbrida o de *lex tertia* que es inadmisibles en casos como el que se examina, según lo expresado por la Sala de Casación Penal¹¹⁸, y en la que además el Juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador, lesionando así los principios de reserva legislativa y de legalidad.

Pues bien, el canon 63 del CP, establecía como parámetros para conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dos requisitos, uno de índole objetivo, que habilitaba su otorgamiento siempre que la pena impuesta no supere los tres (3) años de prisión, y otro de carácter subjetivo, que se refería a que de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como de la modalidad y gravedad de la conducta punible se pudiera inferir que no se hacía necesaria la ejecución de la pena.

Ahora, la nueva legislación en su regla 29, determina que los presupuestos son:

¹¹⁶ Porcentaje obtenido según el siguiente criterio: el cálculo matemático responde al planteamiento de que la pena mínima de 72 meses es incrementada en 20.72 meses para alcanzar la sanción de 92.72 meses dentro del primer cuarto, cuya movilidad es de 49.5 meses, de suerte que para establecer la proporción de dicho aumento de 20.72 meses respecto del rango de movilidad se efectúa la siguiente operación: $20.72/49.5 = 0.418585$, de forma que para señalarse en porcentaje este resultado se multiplica por 100 y a fin de eliminar los decimales reiteradamente sucesivos se aproxima al siguiente decimal, resultando el valor de 41.85%.

¹¹⁷ Esta cifra se obtiene de extraer al rango de movilidad del primer cuarto equivalente a 449.75 el respectivo 41.85%, así: $449.75 \times 41.85/100 = 188.22$ (aproximado para evitar los decimales sucesivos).

¹¹⁸ Providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 24 de febrero de 2014, en el caso de única instancia identificado con el radicado 34099 (AP782-2014) adelantado contra Piedad Zucardi. Igualmente puede consultarse el auto de 3 de septiembre de 2014, adoptado por esa Alta Colegiatura en el radicado AP 5227-2014, 44.195, con ponencia de la H. M. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el Juez de conocimiento concederá lo medido con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el Juez podrá conceder lo medido cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”.

Confrontando las dos legislaciones, y anteponiendo el principio constitucional de favorabilidad, se observa que si bien es cierto inicialmente y frente al primer requisito, se podría estimar que es más ventajosa la Ley posterior, por cuanto se amplía el espectro sobre el factor objetivo, vale decir, de la exigencia de tres años pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer a la procesada sancionable rebasa con creces tales linderos objetivos, motivo por el cual no se concederá el subrogado penal bajo examen, de forma que ANA MARÍA GUERRERO MORÁN deberá purgar la sanción privativa de la libertad, propósito para el cual se emitirá la correspondiente **orden de captura en su contra una vez el fallo adquiera ejecutoria.**

X. DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la prisión domiciliaria¹¹⁹, advirtiendo que el artículo 23 de la citada Ley 1709 del 2014, establece los siguientes requisitos para su concesión como sustitutiva de la intramural:

- “1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

Por su parte el canon 38 original del CP, prevé al respecto:

- “1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.”.

El reato básico por el que se procede en este asunto de peculado por apropiación agravado por la cuantía tiene prevista pena de prisión mínima de 6 años, por lo que frente al primer requisito en principio parecería más favorable; sin embargo, al observar el segundo de los requisitos, se encuentra una prohibición explícita, ya que claramente se indica que, por la calidad del bien jurídicamente protegido de la administración pública, no es posible la concesión del beneficio. Lo que conlleva a sostener que el nuevo régimen no es más favorable, y, por tanto, el aplicable es el originalmente previsto en la Ley 599 de 2000, lo cual se analizará más adelante en caso de ser necesario.

¹¹⁹ El H. Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 20 de abril de 2021, bajo el radicado 110013104016201500053-01, estableció que “... al emitir sentencia adversa a los intereses del acusado, atañe al fallador el deber de pronunciarse respecto de la figura regulada en el Código Penal [prisión domiciliaria], comoquiera que a él le corresponde imponer las penas principales, sustitutivas y accesorias en tanto consecuencias jurídicas de la conducta punible, al tenor de los preceptos 34 y siguientes del mencionado canon”.

No empecé, para agotar el orden lógico de las normas, no ofrece duda desde otra óptica que el inciso 3° del actual canon 68 A del CP¹²⁰, el cual fue entronizado por el precepto 32 de la mencionada Ley 1709, crea ciertas excepciones a la prohibición de la concesión de la prisión domiciliaria, las cuales han de valorarse de cara a los artículos 461 y 314 numerales 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley 906 de 2004. Entonces, es claro que a pesar de que el mandato 68 A actual del estatuto represor excluye de manera general ese beneficio para el(los) delito(s) base de punición de este caso, es posible concederlo si se reúnen los presupuestos descritos en los artículos 461 y 314 numerales 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley 906 de 2004.

Ahora se detalla que, si bien en el asunto de la especie la defensa no invocó las hipótesis del precepto 314 de la Ley 906 de 2004, el Despacho acometerá el escrutinio pertinente.

En este caso, de conformidad con lo acreditado en el plenario, el Juzgado encuentra que la acriminada sancionable no cumple las exigencias consagradas por el legislador en los numerales 3°, 4° y 5° del aludido artículo 314 de la Ley 906, esto es, estado de gravidez, parto o lactancia, estado grave por enfermedad, o situación de madre o padre cabeza de familia.

No obstante, la señora togada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN satisface las establecidas en el numeral 2° de dicho canon, es decir, tener edad superior a 65 años y que su personalidad, así como la naturaleza y modalidad del delito aconsejan la concesión del mecanismo sustitutivo.

Acerca de la prohibición expresa de conceder la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, respecto del delito de peculado por apropiación, cabe advertir que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-318 de 9 de abril de 2008, señaló: “...*el juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas de delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2°, 3°, 4° y 5° de la norma en mención...*”.

En el presente proceso, se observa que la reglamentación adjetiva penal de 2004, no exige presupuestos diferentes de que “*el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años*” y de que “*su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia*”, los cuales han de estar debidamente acreditados, de donde surge que efectivamente no reclama valorar los baremos previstos en el canon anterior 38 del CP ni tampoco en su versión actual introducida por la Ley 1709 de 2014, ni en el artículo 38 B represor creado por esta última. De allí que para este caso sólo se debe examinar si se cumplen o no los requisitos acabados de citar, sin que ello impida tener en cuenta otros elementos que, una vez sopesados, apoyen la conclusión.

El ordenamiento jurídico en aplicación del principio de solidaridad, de la protección a la dignidad humana y de la tutela especial que requieren ciertos grupos de personas en razón de la vulnerabilidad derivada de su condición etaria, según los artículos 1°, 13 y 46 superiores, reconoce especial amparo al adulto mayor, esto es, a la persona mayor de 60 años de edad, según el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008¹²¹,

¹²⁰ “Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”.

¹²¹ Dice el texto legal: “**ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente ley tiene como objeto proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y

consagrando expresamente: *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”.*

Por su parte el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece:

“...Artículo 17: Protección de los ancianos. Toda persona tiene derecho a la protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- 1. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas.*
- 2. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos.*
- 3. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos...”*

Bajo este panorama, se estaría frente a una ponderación de derechos, en el que, a los intereses sociales en el cumplimiento de las penas, se opone el interés superior de proteger y garantizar los derechos fundamentales del adulto mayor, quien, por su situación física y mental ya disminuida por la edad, se halla en condición de debilidad manifiesta, derechos, que, como lo señala la misma constitución, son prevalentes.

En el caso de la especie, se aprecia que la encausada ANA MARIA GUERRERO MORÁN tiene actualmente 73 años. Por ello, debe ser considerada según los lineamientos anteriores como persona de la tercera edad, sujeto de protección constitucional especial, y mayor de 65 años acorde a la exigencia del artículo 314 numeral 2° de la Ley 906 de 2004.

Ante la otra exigencia, se destaca que el plenario no da razón de que la procesada se hubiere o se halle involucrada en problemas de índole familiar o social distintos de los derivados de su vinculación a la presente actuación procesal y a los hechos que se analizan, comoquiera que no militan antecedentes o anotaciones judiciales o policiales indicativos de comportamiento inapropiado, de irrespeto a las normas básica de convivencia social o a las autoridades, sumado a que se tiene que la encausada posee arraigo familiar y social, no se acreditó al menos que hubieren sido sometida a sanciones disciplinarias por desatención a las obligaciones que aparejaban sus relaciones laborales con el Estado, y que cuando fue citada por las autoridades penales acudió al llamado.

La anterior situación enseña que la aquí acusada tiene rasgos de personalidad que muestran su capacidad para vivir en comunidad y cumplir los deberes que sus calidades de miembros de la misma y de una familia les imponen.

También percibe el Juzgado la necesidad de efectuar el siguiente balance alrededor de la situación particular de la procesada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN, quien como se dijo cuenta en la actualidad con 73 años de vida, de forma que, por ejemplo,

*desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia. // ARTÍCULO 2o. FINES DE LA LEY. La presente ley tiene como finalidad lograr que los adultos mayores sean partícipes en el desarrollo de la sociedad, teniendo en cuenta sus experiencias de vida, mediante la promoción, respeto, restablecimiento, asistencia y ejercicio de sus derechos. // ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. Para la interpretación y aplicación de la presente ley, téngase en cuenta las siguientes definiciones: (...) **“Adulto mayor.** Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”.*

acorde a la resolución 0110 de 22 de enero de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera mediante la cual se adoptan las Tablas de Mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS-¹²², su esperanza de vida es tan sólo del 15.2%, visto que ya vivió el 84.8%, en su orden, por ende, se entiende que según el pronóstico estadístico les restaría por vivir 11 años, 1 mes y 4 días.

En este orden, es menester recordar que de cara a los principios y fines de las penas, y en especial al principio de dignidad humana como pilar y directriz indeclinable de la punición, si bien es cierto se encuentra el que atañe al carácter retributivo de las mismas, no menos lo es que también se orientan a garantizar el tratamiento, la resocialización y la integración social de las personas, de donde se colige que la imposición de una condena y la definición sobre los subrogados penales debe tener en cuenta tales baremos, y en el caso de la especie, vista la realidad particular de los procesados, no ofrece duda para el Despacho que el confinamiento de la misma en institución penitenciaria, habida cuenta de que el castigo aquí irrogado es de 92 meses y 21 días, de suerte que en la práctica si hubiere de cumplir la sanción de forma intramural, la expectativa de vida que le queda le alcanzaría para egresar vivos del reclusorio supuestamente resocializados y vivir unos cuantos años, derivándose entonces que en el caso concreto no se cumplirían a plenitud los fines de la sanción corporal si ésta se purga en un establecimiento oficial; pero que sí se lograría bajo el entendido de que los sujetos permaneciendo en su lugar de residencia conserven la garantía de que la sanción respeta su dignidad como persona perteneciente al género humano, su inclusión social y sujeción familiar, como red de apoyo en el proceso de rejerarquización y vivencia de valores, máxime cuando se detalla su arraigo y desempeño social como factores que permiten al Despacho elevar un juicio favorable en torno de la concesión de dicho beneficio a esta acusada.

Es menester señalar que los cálculos aquí realizados son ajenos a cualquier juicio intencional o subjetivo del Despacho, de forma que no se entiendan en cuanto el deseo del mismo respecto de lo que la aquí acriminada pueda vivir, ni mucho menos que se refieran a lo que materialmente alcance como límite temporal de vida, sino que se extraen a partir de los datos oficiales que habilitan establecer para algunos efectos, como el presente, cómputos a manera de vaticinios con grado de probabilidad.

Por lo tanto, encuentra este Despacho que surge el consejo a manera de conclusión de que en este caso es jurídicamente viable otorgar bajo los derroteros de la Ley 906 de 2004, el mecanismo sustitutivo bajo estudio a ANA MARÍA GUERRERO MORÁN.

En esta medida, **se concederá a la procesada ANA MARÍA GUERRERO MORÁN el mecanismo sustitutivo de prisión intramural por domiciliaria** que habrá de garantizar mediante la suscripción del **acta contentiva de las obligaciones** de que trata el mencionado **precepto 38 A actual de la Ley 599 de 2000**, y la prestación de **caución prendaria**, mediante título de depósito o póliza judicial, por valor igual a **tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a órdenes de este Estrado o del Juzgado Ejecutor de Penas al que corresponda vigilar esta condena.

¹²² Página

<https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1005947&downloadname=r011014.docx>. El artículo 23 del CPP faculta aplicar por remisión la normatividad adjetiva civil en los temas no regulados por la primera siempre que no riña con la naturaleza de ésta. Acorde a esa autorización, y a la luz de las reglas 177 último inciso y 191 de la extinta ritualidad civil, y 167 inciso final y 180 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), este Estrado considera que los datos contenidos en esta resolución corresponden a indicadores oficiales de carácter nacional, histórica y conocida ampliamente por el conglomerado social, de forma que, por su entidad y tales mandatos legales, consiste en un hecho notorio que, por ende, está exento de prueba.

XI. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo con la regla 21 del CPP, *“El funcionario judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnizen los perjuicios causados por la conducta punible”*. Acerca de la perentoriedad de esta obligación que vincula al funcionario judicial no existe la menor duda, así lo ha hecho saber el máximo órgano colombiano de justicia penal, por ejemplo, en sentencia de 11 de diciembre de 2003, emitida en el radicado 19775, con ponencia del H. M. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

1. En el asunto en concreto, observa el Juzgado que en el pliego de cargos de primer grado la Fiscalía instructora dispuso en la parte resolutive suspender los efectos jurídicos y económicos del acta 34 del 3 de abril de 1998, decisión confirmada en segundo grado.

En esta medida se aprecia que dicha orden de suspensión que aparece carácter provisional cumplió su objeto, toda vez que acorde al canon 21 del CPP, era menester adoptar una determinación enderezada a evitar que la presunta lesión al ordenamiento jurídico nacional y al erario siguiera causando estragos, de forma que al llegar la actuación al estadio de sentencia se ha de emitir un decreto de carácter definitivo sobre el particular. Por ende, el Despacho ordenará **levantar definitivamente la orden de suspensión de los efectos económicos y jurídicos decretada por la fiscalía de primer grado el 30 de septiembre de 2015, lo cual se cumplirá una vez en firme esta decisión.**

2. En el asunto concreto, observa el Despacho que las sentencias proferidas por los Juzgados 1 y 2 Laborales del Circuito de Buenaventura señaladas, fueron revocadas por las decisiones de consulta de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, así como el acta 34 de 3 de abril de 1998 y las resoluciones administrativas de los 18 extrabajadores beneficiarios JOSÉ MARÍA CIFUENTES PERLAZA, ALBERTO MOY VARGAS, BACILIO ARCE MOSQUERA, ROSALINO MONTAÑO, CÉSAR EMILIO BEDOYA MARTÍNEZ, MANUEL DOLORES SAYUST SÁNCHEZ, ULADISLAO MOSQUERA ALEGRÍA, AMBROSIO ORDÓÑEZ CASTILLO, REGULO RODRÍGUEZ MONTAÑO, LUIS FELIPE MURILLO, JOSÉ RAFAEL DÍAZ, IGNACIO VIVEROS SÁNCHEZ, MARINA CENELIA HERRERA, MARÍA ANGULO DE V., GILBERTO PORTOCARRERO, WILFRIDO MOSQUERA DURAN, JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO VALLECILLA y LAURO RIASCOS RIASCOS, fueron dejadas sin efecto total o parcialmente, según correspondía, en sus ámbitos jurídicos y económicos por las decisiones del GIT y fallos de Juzgados Penales en asuntos de FONCOLPUERTOS.

Por lo expresado, se aprecia que en la actualidad no es necesario, por sustracción de objeto, emitir pronunciamiento alguno en torno de dichas actuaciones, ya que la situación a su plenitud fue enderezada a derecho y retornada a su estado original. Es así como el Despacho se abstendrá de adoptar las medidas de que trata el canon 21 del CPP en lo que a esas determinaciones concierne.

Así, se ordena adicionar a las comunicaciones respectivas dirigidas a la UGPP copia de la presente decisión; e informar lo propio a la misma una vez en firme esta providencia.

XII. DAÑOS, PERJUICIOS Y COSTAS

De acuerdo con las disposiciones 94, 95, 96 y 97 del CP, y 56 del CPP, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados,

los cuales deberán ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria. En el presente caso se advierte que los daños solicitados por la parte civil¹²³, UGPP, corresponden a los perjuicios materiales, y en concreto al daño emergente¹²⁴, que de conformidad con el artículo 97 *ibídem* deberán probarse en el proceso.

En la demanda de constitución de parte civil, ésta impetró el pago de perjuicios patrimoniales por “... la suma que aparezca probada en las resultas del proceso y que desde ya lo estimo en suma superior a... (\$884.500.000) de lo efectivamente pagado por el perjudicado, además de todos los gastos y costos en que ha tenido que incurrir la administración por los acontecimientos objeto de investigación”¹²⁵.

La aludida disposición 56 ritual señala que en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el Juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo acreditado en la actuación, y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible, artículo que también habilita para pronunciarse sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Dentro del expediente se halla probado, como se expuso en antelación respecto de la fijación de la cuantía sobre la que versaron los peculados aquí examinados, que la abogada GUERRERO MORÁN, producto de sus conductas en las doce (12) actuaciones por las que se le juzga, participó en la apropiación de \$827.800.000 que equivalen a **4061,24 SMLMV del año 1998**.

Por tal razón, se condenará civilmente a la abogada **ANA MARÍA GUERRERO MORÁN** a pagar solidariamente con quien también resultare condenado por los mismos comportamientos a ella atribuida, los perjuicios materiales ocasionados en la suma que corresponde a **4061,24 SMLMV del momento en que efectuó materialmente su cancelación**, cifra que por justicia se mantiene en esta unidad de medida, dado que corresponde al monto erogado indebidamente por el Estado por entonces a favor de tercero.

La civilmente condenada deberá cumplir esta orden, en las condiciones ya indicadas, dentro de los **SEIS (06) MESES** siguientes a la firmeza de este fallo, a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la represente, habida cuenta de que en la actuación milita documentación de la que se desprende que esa es la entidad llamada en el estado actual de disposiciones normativas y administrativas del orden nacional, exoneradas de prueba para efectos procesales, para recibir las indemnizaciones civiles aquí decretadas.

Se memora que **tales valores deberán ser pagados por la acriminada civilmente condenada en el valor nominal que corresponde a SMLMV del momento en que efectuó respectiva y materialmente su cancelación en favor de la parte ofendida**, para preservar el derecho de ésta a recibir el resarcimiento de perjuicios en valor actual que es representado por dicha unidad de medida, motivo por el cual no se estima viable ordenar la indexación de los valores nominales o el pago de intereses, ya que de obrar en tal sentido y ordenar el pago en SMLMV del momento de la cancelación efectiva se conculcaría el principio *non bis in idem*, habida cuenta de que la decisión de que la obligación indemnizatoria se cumpla con SMLMV del momento del pago apareja la actualización de los montos. De hecho, el deber de

¹²³ Folio 12-13, C.O. de la Parte Civil.

¹²⁴ El Código Civil en su artículo 1614 establece “*Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”.

¹²⁵ Folio 17, C.O. Parte Civil.

cancelar la referida cifra en salarios mínimos legales vigentes para el momento de su pago como mecanismo de actualización de la misma se equipara en los fines a la figura de la indexación, mucho más cuando se aprecia que el incremento decretado por el Gobierno nacional para el SMLM año tras año consulta el IPC precedente.

Sin embargo, se itera, es menester instar a la UGPP o a la entidad que hace sus veces a fin de que respete las garantías fundamentales con miras a no violar el principio *non bis in ídem* de cara a la posibilidad de ejecutar la condena en perjuicios aquí decretada y/o ejercer los descuentos directos por nómina que eventualmente se adopten o hubieren sido dispuestos por esa entidad, de modo que no lleve a cabo un doble cobro o doble percepción del mismo monto.

De otro lado, advierte este Estrado que en este caso no se probaron al menos sumariamente, como debe hacerse, las situaciones que harían viable la condena por daños morales objetivados cuando el Estado o una entidad jurídica es víctima de un delito¹²⁶.

Finalmente, frente a la posibilidad de que se condene en costas judiciales, agencias en derecho, expensas y demás erogaciones a la encausada, cabe recordar que el canon 56 litúrgico y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, son claros al establecer que tales conceptos deben ser acreditados dentro del proceso, en cuyo caso su liquidación se deberá hacer cuando se encuentre ejecutoriada la decisión donde se ordenaron, como lo sostuvo esa Alta Corporación en sentencia de 13 de abril de 2011, emitida dentro del 34145, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

De cara a este tópico, el Despacho encuentra que la Nación se constituyó como parte civil en este caso por medio de la actividad desplegada por alguna de sus entidades, y efectuó las diligencias concernientes a la defensa y promoción de sus intereses y pretensiones, de forma que acorde a la normatividad legal sustantiva y adjetiva así como administrativa emanada mediante Acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es procedente condenar a la aquí sentenciada de quien se tiene acreditada su concurrencia personal y responsable en el ilícito objeto de estudio, a pagar solidariamente a favor de la Nación por intermedio de la UGPP, o de la entidad que hiciera sus veces, las costas judiciales, agencias en derecho, expensas y demás erogaciones en que la parte ofendida hubiere incurrido para gestionar en este asunto sus derechos, esto en atención al artículo 392 numeral 8° del extinto Código de Procedimiento Civil, que disponía que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, y las actuales previsiones de los cánones 361 a 365 del CGP, en especial la 365 numeral 8° ídem que reprodujo a su antecesora trascrita.

Se advierte que, por no estar aún la presente decisión en firme, es inviable por el momento efectuar la consecuente liquidación, la cual se realizará en la oportunidad ya indicada.

XIII. OTRAS DETERMINACIONES

En garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso, se decretará que la notificación de esta sentencia se efectuó mediante comisión a quienes no tienen domicilio en esta ciudad y no pueden comparecer directamente a este Despacho,

¹²⁶ Consultar acerca de este tema el fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de mayo de 2013, en el asunto 40160, con ponencia del H. M. Dr. Javier Zapata Ortiz.

mediante comisión acorde a la regla 84 de la Ley 600 de 2000, con miras a que el Juzgado Penal Municipal o del Circuito (o Mixto) competente de la respectiva municipalidad intente la notificación personal según el precepto 178 *idem*, especialmente observando el inciso 3° que reza “*La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga*”, motivo por el cual se remitirá con el despacho comisorio correspondiente solamente una copia de este fallo en texto físico impreso.

Para dicho cometido se concede al (los) Juzgado(s) Penal(es) comisionado(s), que precisará la secretaría en el (los) Despacho(s) respectivo(s), el término perentorio de **diez (10) días hábiles** contados a partir del recibo de la correspondiente comunicación, y desde ahora se solicita que una vez cumplido lo anterior sea regresado el diligenciamiento atendido conforme a la Ley.

Es menester advertir al (los) Juzgado(s) Penal(es) comisionado(s) que en razón de que la Ley 600 de 2000 en los artículos arriba indicados definió con toda claridad la reglamentación atinente a esta clase de notificación, no podrán dilatar el trámite o exigir el acompañamiento de otras piezas procesales o mayor cantidad de copias de las referidas decisiones, toda vez que en estos eventos el mandato 23 de dicha Ley no permite por lo expresado remitirse a otras codificaciones adjetivas.

Esta determinación no es restrictiva, de modo que para notificar esta decisión también se utilizarán las vías ordinarias de Ley y, en la medida de la disposición, los mecanismos más expeditos y efectivos de comunicación, de transmisión de datos y/o electrónicos; y también podrá intentarse la intimación de esta sentencia a través de notificación personal a través de los medios acogidos por el ordenamiento jurídico, incluidos la correspondencia ordinaria y los acabados de señalar.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal propuesta por la defensa de la procesada **ANA MARÍA GUERRO MORÁN**, en lo que tiene que ver con las conductas investigadas que conciernen a la representación de los extrabajadores JOSÉ MARÍA CIFUENTES PERLAZA, ALBERTO MOY VARGAS, BACILIO ARCE MOSQUERA, ROSALINO MONTAÑO, CÉSAR EMILIO BEDOYA MARTÍNEZ, MANUEL DOLORES SAYUST SÁNCHEZ, ULADISLAO MOSQUERA ALEGRÍA, AMBROSIO ORDÓÑEZ CASTILLO, REGULO RODRÍGUEZ MONTAÑO, LUIS FELIPE MURILLO, JOSÉ RAFAEL DÍAZ y IGNACIO VIVEROS SÁNCHEZ, conforme a los motivos que preceden.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción parcial de la acción penal y, en consecuencia, **CESAR PARCIALMENTE EL PROCEDIMIENTO** en favor de la encausada únicamente en lo atinente a las conductas que atañen a la representación de MARINA CENELIA HERRERA, MARÍA ANGULO DE V.,

GILBERTO PORTOCARRERO, WILFRIDO MOSQUERA DURAN, JUAN DE LA CRUZ MONTAÑO VALLECILLA y LAURO RIASCOS RIASCOS, según lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la señora **ANA MARÍA GUERERRO MORÁN**, de condiciones civiles y personales establecidas en el proceso, a título de **determinadora responsable** de los **DELITOS CONCURSALES DE PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO POR LA CUANTÍA**, a la pena principal de **NOVENTA Y DOS (92) MESES Y VEINTIÚN (21) DÍAS DE PRISIÓN; MULTA IGUAL A 4061,24 SMLMV del año 1998; E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

CUARTO: ORDENAR a **ANA MARÍA GUERERRO MORÁN**, pagar individualmente la pena principal de multa en los montos, condiciones y términos indicados en la parte motiva; y **REMITIR** por la secretaría, una vez en firme esta decisión, la documentación en las condiciones de Ley y en las allí referidas para el cobro coactivo de esta pena.

QUINTO: IMPONER, por los motivos ya referidos, la pena accesoria de **INHABILITACIÓN PARA EJERCER LA ABOGACÍA** por el término de **SEIS (06) MESES Y OCHO (08) DÍAS** a **ANA MARÍA GUERERRO MORÁN**; y **COMUNICAR** a la **UNIDAD NACIONAL DE REGISTRO DE ABOGADOS**, o a la autoridad que hiciere sus veces, una vez en firme la presente determinación, esta sanción accesoria impuesta a esta togada.

SEXTO: NO CONCEDER a la acriminada **GUERRERO MORÁN**, la suspensión condicional de la ejecución de la pena; **EMITIR ORDEN DE CAPTURA** en su contra para el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad una vez en firme este fallo; y **OTORGAR** a la misma el **MECANISMO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA**, el cual deberá ser garantizado por ésta de acuerdo con lo establecido en el acápite respectivo; todo lo anterior una vez en firme este fallo.

SÉPTIMO: ADOPTAR como medidas de **RESTABLECIMIENTO DE DERECHO** las determinaciones previstas en el acápite pertinente con arreglo a las motivaciones, condiciones, claridades y límites allí expresados, las cuales se cumplirán acorde a lo allí señalado; y **ABSTENERSE** de emitir decisión tocante a este punto en lo restante.

OCTAVO: CONDENAR a **ANA MARÍA GUERERRO MORÁN** a pagar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la representa, los perjuicios ocasionados con los delitos por los cuales ha sido aquí condenada, según los montos, la solidaridad, la autonomía, las condiciones y el plazo indicados con antelación, por las razones arriba expuestas.

NOVENO: CONDENAR a la señora **ANA MARÍA GUERERRO MORÁN** a cancelar a favor de la Nación y por medio de la UGPP o de la entidad que la representa, las costas, expensas y agencias en derecho, una vez en firme esta decisión y la liquidación respectiva.

DÉCIMO: COMUNICAR lo aquí resuelto, una vez en firme esta sentencia, a las autoridades previstas en la Ley, en especial a las señaladas en el canon 472 del CPP, y **ENVIAR** los cuadernos de copias del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) competente, para lo de su cargo.

DÉCIMO PRIMERO: INFORMAR que contra este fallo procede únicamente el recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

DÉCIMO SEGUNDO: NOTIFICAR esta sentencia acorde a lo señalado en el acápite pertinente y en la Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS RAFAEL MÁSMELA ANDRADE
JUEZ



ELIZABETH PERILLA FINO
SECRETARIA