

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISÉIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

CAUSA:	2016-00029
SINDICADOS:	NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS Y OTROS
DELITOS:	PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO
SUMARIO:	2273
SENTENCIA:	VARIOS Y CONDENAS

Sentencia No. 014

Bogotá D. C. 13 de diciembre de 2022.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra algunas personas respecto de las cuales fue imperioso cesar previamente el procedimiento, y también contra los exoperarios portuarios NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, últimos tres (3) en torno de quienes se prosiguió la actuación por los delitos concursales de peculado por apropiación a título de determinadores, 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 este caso los extrabajadores del Terminal Marítimo de Barranquilla de la empresa Puertos de Colombia NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO confirieron mandatos a varios togados en múltiples ocasiones, con los cuales se interpusieron demandas laborales que finalizaron en fallos y mandamientos de pago emitidos por Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla que condenaron e impusieron a FONCOLPUERTOS pagar sumas a cargo de la Nación; algunas sentencias que fueron objeto de pactos conciliatorios, y mayoritariamente se ordenaron cancelar mediante resoluciones administrativas.

Esos fallos fueron posteriormente revocados en sede de consulta por Tribunales Superiores de Distritos Judiciales del país, por lo que mediante resoluciones del Grupo Interno de Trabajo (en adelante GIT) se revocaron las resoluciones administrativas relativas a cada extrabajador, y se ordenó el reintegro de las sumas canceladas, en algunos casos.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, identificada con cedula de ciudadanía N° 27.766.295 expedida en Ocaña (Norte de Santander), nacida en dicha localidad el 28 de julio de 1955, con 67 años de edad; soltera, sin hijos. Con estudios de bachillerato. Pensionada de COLPUERTOS.

JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA, identificado con cedula de ciudadanía N° 3.723.243 expedida en Santa Lucía (Atlántico), nacido en dicha localidad el 3 de febrero de 1944, con 78 años de edad; casado, con nueve hijos. Con estudios de primaria. Pensionado de COLPUERTOS.

ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, identificada con cedula de ciudadanía N° 22.349.015 expedida en Barranquilla (Atlántico), nacida en Remolino (Magdalena) el 9 de julio de 1941, con 81 años de edad; casada, con cinco hijos. Con estudios de bachillerato y enfermería. Pensionada de COLPUERTOS.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

El 10 de junio de 2005¹ se abrió indagación previa y se ordenó practicar las pruebas pertinentes.

La apertura formal de la instrucción se realizó el 8 de noviembre de 2010², cuando se dispuso vincular a varias personas y aducir los medios cognitivos correspondientes.

Rindieron indagatoria el 18 de septiembre de 2014 los procesados JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA³, RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA⁴, ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO⁵, NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS⁶ y FRANCO BARRIOS DEL VALLE⁷.

Con proveído de 18 septiembre de 2014⁸, se cerró la instrucción respecto de los aquí acriminados y se ordenó correr traslado precalificatorio a los sujetos procesales.

Con proveído de 29 de mayo de 2015⁹, la Fiscalía 8ª Delegada perteneciente a la Dirección Nacional de la Fiscalía especializada contra la corrupción - Grupo de Fiscales FONCOLPUERTOS, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación en contra NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA, ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, FRANCO BARRIOS DEL VALLE y RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA, como presuntos determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado consumado y/o tentado en concurso homogéneo y sucesivo, según corresponda; y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva.

¹ Folio 34 y ss, C.O. 1 del sumario.

² Folio 65 y ss, C.O. 1 del sumario.

³ Folio 55 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁴ Folio 60 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁵ Folio 64 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁶ Folio 68 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁷ Folio 72 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁸ Folio 79 y ss, C.O. 3 del sumario.

⁹ Folios 207 y ss, C.O. 4 del sumario.

Mediante providencia del 21 de octubre de 2015¹⁰ se dispuso no reponer el pliego de cargos, así como tampoco acceder a decretar la nulidad y la prescripción de la acción penal.

El **18 de mayo de 2016**¹¹, la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó integralmente en alzada el citado llamamiento a juicio dictado contra los acriminados; oportunidad en la que **quedó en firme la acusación**.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado, se corrió por ministerio de la Ley el traslado del artículo 400 ritual y se celebró la audiencia preparatoria el 8 de marzo de 2017¹², cuando se decretaron y se denegaron algunas pruebas, decisión confirmada en alzada por el H. Tribunal Superior de Bogotá el 18 de julio de 2017.

En desarrollo de la vista pública, el 22 de febrero de 2018¹³ ampliaron versión bajo interrogatorio los procesados NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA.

El 12 de julio de 2018¹⁴, en desarrollo de la audiencia de juzgamiento, la Fiscalía Delegada varió la calificación jurídica provisional mutando respecto de los acriminados de peculado por apropiación agravado consumado y tentado en concurso homogéneo y sucesivo a los mismos punibles concursales con la adición prevista en el canon 14 de la Ley 890 de 2004, ante lo cual, se decretó la suspensión de la diligencia, por solicitud de los defensores, a efectos de surtir el trámite del canon 404 ritual.

Mediante auto del 27 de agosto de 2018¹⁵, el Despacho negó las solicitudes probatorias elevadas por el defensor de NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, a lo que se agrega que el H. Tribunal Superior de Bogotá el 2 de mayo de 2019 confirmó integralmente dicha determinación.

La Audiencia Pública finalizó con las sesiones del 9¹⁶ y 10¹⁷ de julio 2019, cuando se escucharon los alegatos finales de los sujetos procesales.

Estando el plenario al Despacho en estudio para fallo se detectó el fallecimiento de los procesados FRANCO BARRIOS DEL VALLE y RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA, motivo por el cual mediante autos interlocutorios 048 de 23 de noviembre y 049 de 25 de noviembre del presente año 2022, respectivamente, se declaró la extinción de la acción penal por muerte en favor de los mismos y la consecuente cesación de procedimiento, difiriendo para este pronunciamiento lo concerniente al restablecimiento de derecho.

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

¹⁰ Folios 66 y ss, C.O. 5 del sumario.

¹¹ Folios 3 y ss, cuaderno segunda instancia – confirma acusación.

¹² Folios 46 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

¹³ Folios 276 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

¹⁴ Folios 148 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁵ Folios 160 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁶ Folios 226 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁷ Folios 229 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

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 29 de mayo de 2015, la Fiscalía 8ª Delegada perteneciente a la Dirección Nacional de la Fiscalía especializada contra la corrupción - Grupo de Fiscales FONCOLPUERTOS, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación en contra NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA, ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, FRANCO BARRIOS DEL VALLE y RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA, como presuntos determinadores de los delitos de peculado por apropiación agravado consumado y/o tentado en concurso homogéneo y sucesivo, según corresponda; y adoptó las determinaciones ya señaladas.

El ente persecutor estimó que del acervo probatorio se desprende que los exportuarios NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA, ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, FRANCO BARRIOS DEL VALLE y RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA incoaron mediante apoderados múltiples demandas con las que se iniciaron procesos ordinarios adelantados por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, que ordenaron mediante sentencias y mandamientos de pago la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de salarios moratorios y/o el reajuste de la mesada pensional que constituyen erogaciones ilícitas de las arcas estatales sin ningún sustento jurídico ni fáctico; providencias judiciales que fueron conciliadas en algunos casos, y pagadas mayoritariamente mediante resoluciones administrativas; empero, algunas no fueron efectivamente canceladas, a lo que agregó que las sentencias canceladas fueron revocadas en su mayoría por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por lo que mediante resoluciones del GIT se revocaron las referidas resoluciones administrativas y se dispuso el reintegro de las sumas canceladas.

Al respecto, señaló que los sindicatos con sus actuaciones lograron el reconocimiento de conceptos laborales sin fundamento jurídico y fáctico, máxime cuando los exportuarios acriminados, representados por togados, fueron debidamente liquidados en sus prestaciones sociales y pensión al momento de sus retiros.

Finalmente, dijo que la responsabilidad a título de dolo de los acusados está acreditada por cuanto eran conocedores de las referidas ilegalidades; y, aun así, voluntariamente decidieron acudir ante la jurisdicción ordinaria y/o ante la administración pública mediante sendas reclamaciones judiciales y administrativas, así como a través de pactos conciliatorios, contrarios a derecho, motivo por el cual deberán responder por el reato de peculado por apropiación agravado consumado y tentado en concurso homogéneo y sucesivo, según corresponda.

2. Segunda instancia.

En alzada, el 18 de mayo de 2016, la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la providencia de llamamiento a juicio de primer grado.

Descartó la petición de nulidad por ausencia de sustento, así como la solicitud de prescripción de la acción penal, por cuanto para la fecha de la expedición de las resoluciones administrativas ya estaba vigente la Ley 190 de 1995, en tanto que también hubo efectos patrimoniales diferidos a futuro.

Por otra parte, adujo que no le asiste la razón a la defensa al pretender desconocerle valor probatorio a los informes del GIT por ser supuestamente parcializados, cuando en el sistema legal colombiano existe el principio de libertad probatoria.

Para rematar adujo que existen los elementos de prueba para estimar acreditada la calidad de determinadores de los exportuarios de los punibles de peculado por apropiación.

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 representante del órgano penal persecutor deprecó fallo condenatorio, toda vez que conforme a las pruebas que obran dentro del expediente se tiene certeza de la conducta punible y de la responsabilidad de los procesados conforme al artículo 232 ritual.

Luego de relatar los antecedentes de la causa, indicó que se encuentra acreditado que los exportuarios procesados presentaron varios reclamos por judiciales y administrativos contra FONCOLPUERTOS, mediante abogados, que conllevaron a pagos individuales en sentencias dictadas por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, luego revocadas en grado de consulta, así como por medio de actas de conciliación y de resoluciones administrativas.

Adujo que los conceptos laborales deprecados eran ilegales, toda vez que no constituían factor salarial, eran factores inexistentes o nunca se causaron, bien porque no fueron cancelados en el último año de servicio, bien porque la empresa liquidó acorde a la Ley a los exportuarios acriminados, constituyéndose lo reconocido como contrario a la Ley, mucho más cuando se pretermitieron instancias en el cobro de los fallos, como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego de relacionar las actuaciones judiciales y administrativas relevantes de cada acriminado, sostuvo que se evidencia que los procesados elevaron múltiples reclamaciones mediante varios abogados para que les pagaran repetidamente reliquidación de prestaciones sociales, reajustes pensionales y pago de indemnizaciones moratorias contrarias a derecho, sin que sea de recibo sus exculpaciones de endilgarles responsabilidad a los abogados que los representaron.

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

2. Ministerio Público.

El Delegado de la Procuraduría consideró que se reúnen los requisitos establecidos en el canon 232 para proferirse sentencia condenatoria en contra de los procesados.

Sostuvo que acoge los alegatos del Delegado del ente acusador, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo que dadas las conductas dolosas se considera la comisión del punible concursal de peculado por apropiación, y en consecuencia, además se deben adelantar las acciones civiles y obtener la restitución de dineros apropiados ilegalmente.

3. La Parte Civil.

La apoderada de la UGPP imploró sentencia condenatoria.

Sostuvo que los extrabajadores acriminados al conferir poderes para interponer demandas ante la jurisdicción laboral y administrativa y obtener varios reconocimientos y pagos de prestaciones sociales que no les correspondían, lograron que se profirieran sentencias contra FONCOLPUERTOS contrarias a derecho que ordenaron la reliquidación de prestaciones sociales, reajustes pensionales y pago de salarios moratorios, ya que las prestaciones eran inexistentes, máxime cuando se cancelaron sin estar ejecutoriadas, lo que hizo que se colocara en marcha el aparato judicial y administrativo que produjeron graves detrimentos al erario.

Aseveró que la ilegalidad en las reclamaciones se acredita con los informes del GIT, ya que atañen a sumas de dineros exorbitantes por múltiples reclamaciones por conceptos ilegales, más aun cuando se tienen que COLPUERTOS les pago a los extrabajadores sus prestaciones sociales en debida forma.

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

4. La Defensa.

4.1. De las acusadas NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO.

4.1.1. Defensa material de NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS.

Esta acusada adujo que a través de sus excompañeros portuarios, contactó a varios abogados que le indicaron que sus prestaciones y pensión estaban mal liquidados, por lo que procedió a suscribir poderes de buena fe para interponer demandas laborales, a lo que agregó que nunca fue directiva sindical, ni liquidadora de nómina, ni siquiera profesional.

Además, sostuvo que las providencias de los Juzgados 3 y 6 Laborales del Circuito de Barranquilla no reajustaron efectivamente su pensión, ni tampoco fueron canceladas las relativas a los Juzgados 7 y 6 Laborales del Circuito de Barranquilla.

En esa medida, dijo, no existen elementos de prueba que acrediten su responsabilidad en el punible achacado, máxime cuando no se reunió ni tuvo relación alguna con servidor público que dispusiese de recursos estatales, sumado a que no es cierto lo consignado en la indagatoria de que trabajo en un Juzgado Civil como citadora.

4.1.2. Defensa material.

El apoderado de las referidas acriminadas solicitó sentencia absolutoria, comoquiera que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable.

Adujo que el ente acusador no probó los cargos que le endilga a sus defendidas, esto es, no acreditó el por qué fueron supuestamente mal liquidadas, o los presuntos dobles pagos o ilegalidades en lo reconocido, ni tampoco la aludida anuencia con abogados y funcionarios públicos; asimismo, no demostró la calidad de determinadoras del delito de peculado por apropiación.

Aseveró que los abogados que representaron a las exportuarias acriminadas direccionaron todos los trámites investigados, sin que éstas ni siquiera fueran a los Juzgados, más aun cuando al estar mal liquidadas en las prestaciones sociales y pensiones, debieron acudir a profesionales del derecho.

Igualmente, afirmó que la revocatoria de las sentencias obedeció a asuntos formales, y que en sus indagatorias las procesadas consignaron manifestaciones sinceras que incluso los afectan

En caso de sentencia adversa, pidió tener en cuenta la avanzada edad y las condiciones de salud de sus apadrinadas.

4.2. Del acriminado JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA.

El defensor de este procesado impetró fallo de carácter absolutorio.

Señaló que su defendido tiene precaria escolaridad, 50 años de edad y sin ninguna formación jurídica, por lo que no se evidencia la intención que conforma el dolo.

Adujo que la Fiscalía no probó que el acriminado hizo nacer la idea criminal a servidores públicos para defraudar dineros de la Nación, más aun cuando la acusación no está soportada por ningún medio de prueba.

Además, sostuvo que el Tribunal Superior revocó la sentencia por una formalidad en la autenticidad de la convención colectiva de trabajo, a lo que agregó que en indagatoria dijo que dio poder de buena fe, ya que consultó a abogados que señalaron que tenía que reclamar.

Pidió la prescripción de la acción penal por haber transcurrido más de 20 años, teniendo en cuenta la fecha de la sentencia del Juzgado 4 datada el 18 febrero de 1996 y el mandamiento de pago de 13 agosto de 1996.

En caso de condena, petitionó prisión domiciliaria dado su estado de salud y avanzada edad.

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 en las condiciones de la acusación de primer 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 los procesados, 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 los mismos.

Empero, de cara al principio de prioridad es menester decidir en primer lugar lo pertinente a una temática que de oficio habrá de abordar este Juzgado acerca de la aplicación de aumento sancionatorio del artículo 14 de la Ley 810 de 2004 introducido por el órgano persecutor en la vista pública al momento de variar los cargos, y también se pronunciará sobre 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, abordando también de oficio lo propio en caso de ser necesario, ya que en el evento de que ese fenómeno se hubiere concretado se desencadenaría la cesación de procedimiento y se haría totalmente inviable pronunciarse parcial o totalmente en torno de los tópicos centrales de la sentencia.

1. Asuntos previos al fallo.

1.1. Exclusión del aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como se anunció, de cara a la variación de cargos efectuada por la Fiscalía en la vista pública acorde al canon 404 ritual, no ofrece duda para el Despacho en cuanto que con ese proceder introdujo a la calificación jurídica provisional el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el cual es menester advertir desde este momento que no es viable aceptar en derecho de cara a los lineamientos jurisprudenciales definidos por el máximo Juez Penal colombiano, pues aunque de hecho es diáfano que algunas de las actuaciones que se investigan mantuvieron sus efectos jurídicos y patrimoniales más allá del 01 de enero del año 2005, cuando entraron a regir paulatinamente en el país las Leyes 890 y 906 de 2004, según el canon 530 de ésta, y que el artículo 397 primigenio del CP fue modulado por el canon 14 de la Ley 890 de 2004, no es posible tener en cuenta la adenda punitiva descrita en el mandato 14 de la Ley 890, toda vez que, como adujo la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal de Bogotá en decisión de 04 de febrero de 2021, al estudiar la alzada propuesta en el asunto adelantado contra JJVP, cuando citó apartes del pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 55.382, emitido el 09 de octubre de 2019, sólo es posible este aumento de penas para los aforados constitucionales, y para quienes no ostenten tal calidad se requiere que la actuación se encuentre en una oportunidad procesal en la que sea viable, siempre que la persona esté dispuesta a acceder a rebajas de pena a cambio de colaboración con la justicia, lo cual no sucede en el asunto de la especie.

Por esta razón, es por la que no aviene admisible acoger el incremento punitivo contemplado en el mandato 14 de la citada Ley 890 y, por tanto, ha de desestimarse el aumento sancionatorio objeto de la variación de la calificación jurídica llevada a cabo por la Fiscalía en la audiencia pública con arreglo al precepto 404 procedimental.

Así, el Despacho con sujeción a la doctrina emanada de la citada Alta Colegiatura y del superior funcional no admite para el fallo en este asunto el incremento sancionatorio previsto en el mandato 14 de la Ley 890 de 2004.

1.2. Solicitud de prescripción de la acción penal por parte del representante judicial de JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA.

En audiencia pública, el apoderado del referido exportuario CASTRO VILLA peticionó declarar la extinción de la acción penal por prescripción, comoquiera transcurrió más de 20 años, desde la fecha de la sentencia del Juzgado 4 datada el 18 febrero de 1996 y el mandamiento de pago de 13 agosto de 1996, percibiéndose desde este momento la precariedad argumentativa de la solicitud que raya en la ausencia de sustento e impone, por ende, negar el pedimento, toda vez que no apareja los extremos necesarios mínimos que conduzcan el escrutinio fáctico y jurídico que ha de llevarse a cabo en estos eventos.

No empece, esa situación no es óbice para que este Estrado asuma oficiosamente el estudio pertinente, razón por la cual otea el Juzgado 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 86¹⁸ 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”.

Frente al caso concreto se advierte que para la época de los hechos regía el Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, en lo que toca al punible 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, a JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA lo acusaron por el delito de peculado por apropiación en la calidad de determinador. Dicho punible 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 supera dicho monto, ya que corresponde a \$74.000.000 que atañe a 363,05 SMLMV de 1998. 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.

¹⁸ 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 cobija aquella modificación.”.

Visto que en este caso la ejecutoria de la resolución de acusación se cristalizó el 18 de mayo 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 18 de mayo de 1996, fecha para la cual aún no se habían concretado temporalmente todas las actuaciones desplegadas por el procesado, de donde emerge que para que en este caso se hubiere materializado el fenómeno de la prescripción, era necesario que el acriminado hubiese llevado a cabo el último accionar materia de imputación, al menos un día antes del 18 de mayo de 1996.

En efecto, los hechos indicados por la Fiscalía datan del año 1998, cuando se expidieron las resoluciones 1083 de 7 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998, que pagaron las providencias judiciales del 28 de febrero de 1996 y 13 de mayo de 1996 emitidas por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla, 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 18 de mayo 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 18 de mayo de 2016 se interrumpió la prescripción de la acción penal por el aludido punible y, por tanto, comenzó a correr de nuevo el término por la mitad del tiempo, esto es, 10 años, el cual culmina al cabo del 18 de mayo de 2026.

De acuerdo con lo expuesto, el Despacho negará la pretensión de la defensa por carencia argumental y demostrativa, mucho más cuando de oficio se detalla que en la presente actuación no se materializó la extinción de la acción penal por prescripción en lo que corresponde al acusado JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA.

1.3. Sobre la declaración oficiosa de la prescripción de la acción penal en torno de algunas conductas de ciertos acriminados.

Procede ahora el Juzgado a pronunciarse acerca de la declaración oficiosa de prescripción de la acción penal de algunos comportamientos, ya que, como se expondrá, este fenómeno se materializó parcial y únicamente respecto de ciertas de las conductas atribuidas a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, y, por ende, apareja la inviabilidad de estudiar la responsabilidad acerca de las mismas. Por ello el Despacho seguidamente decidirá lo pertinente.

En esa medida, de acuerdo con lo probado y la resolución de acusación, los hechos que sustentan estos cargos y que serán objeto de la declaración oficiosa de prescripción son los siguientes.

Se tiene acreditado que las señoras NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO otorgaron en varias oportunidades mandatos a togados, con los cuales se presentaron demandas laborales que culminaron en sentencias y mandamientos de pago proferidos por Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla que condenaron a FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación; las cuales fueron canceladas a través de resoluciones administrativas, empero, algunos fallos y mandamientos no fueron efectivamente cancelados.

Así, respecto de la señora NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS se tiene demostrado que se benefició, entre otras, de las actuaciones que seguidamente se ilustran.

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Mandamiento de pago	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Fecha de consulta y fundamento de la revocatoria	Adecuación típica
1	El Juzgado 3 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 30 de enero de 1996 ¹⁹ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, con fundamento en la no inclusión de todo el tiempo efectivamente laborado. Abogado: Fidel Ernesto Oñoro Retamozo	26 de febrero de 1996 ²⁰ .	2823 de 31 de diciembre de 1996 ²¹ ordenó el pago de las providencias judiciales referidas por \$24.818.290,98 ²² , que corresponden a 174,62 SMLMV de 1996 Abogado: Fidel Ernesto Oñoro Retamozo	No se modificó la mesada pensional	El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo mediante decisión de 14 de agosto de 2003, en sede de consulta, revocó ²³ el fallo del a quo, comoquiera que no se allegó en debida forma la CCT. Asimismo, consagró que se omitió realizar análisis alguno frente a la condena de indemnización moratoria.	Peculado simple
2	El Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 22 de agosto de 1997 ²⁴ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales y el pago de salarios moratorios, con fundamento en que la demandante debió ser reubicada por sufrir estrés emocional ocasionado por el cargo de cajero pagador desde el 21 de mayo de 1991 y no desde el año 1993, y por ende, debía ser beneficiaria desde ese momento del aumento del 22% salarial de acuerdo con el canon 124 parágrafo 1 convencional. Abogado: Pedro Daza García	2 de septiembre 1997 ²⁵ se libró mandamiento de pago por \$58.423.367,62 que corresponde a 339,66 SMLMV de 1997 .	No se evidencia pago ²⁶ (memorando 193 de 26 de febrero de 2010)	No se modificó la mesada pensional ²⁷	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 17 de octubre de 2001 ²⁸ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas.	Peculado agravado tentado
3	El Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 16 de julio de 1999 ²⁹ absolvió a la empresa demandada por los intereses de cesantía del 24%, ya que no fue aportada en debida forma la CCT.	---	No hubo pago	No se modificó la mesada pensional	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 6 de diciembre de 2000 ³⁰ , en sede de consulta, confirmó el fallo del a quo.	Peculado simple tentado

¹⁹ Folios 203 y ss, C.O. 16 de anexos del sumario.

²⁰ Folios 209 y ss, C.O. 16 de anexos del sumario.

²¹ Folios 101 y ss, C.O. 15 de anexos del sumario.

²² Folio 43, C.O. 1 de anexos del sumario.

²³ Folios 253 y ss, C.O. 16 de anexos del sumario.

²⁴ Folios 196 y ss, C.O. 17 de anexos del sumario.

²⁵ Folios 203 y ss, C.O. 17 de anexos del sumario.

²⁶ Folio 190, C.O. 15 de anexos del sumario.

²⁷ Folios 188 y ss, C.O. 15 de anexos del sumario.

²⁸ Folios 231 y ss, C.O. 17 de anexos del sumario.

²⁹ Folios 113 y ss, C.O. 13 de anexos del sumario.

³⁰ Folios 122 y ss, C.O. 13 de anexos del sumario.

	Abogado: Jorge Hernán Gómez Tobón					
4	El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 27 de enero de 1998 ³¹ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales y el pago de salarios moratorios, con fundamento en que no se liquidaron los trienios de la prima de antigüedad de acuerdo a todo el tiempo laborado.	25 de febrero 1998 ³² se libró mandamiento de pago por \$31.172.787,72 que corresponde a 152,93 SMLMV de 1998.	No se evidencia pago ³³ (memorando 193 de 26 de febrero de 2010)	No se modificó la mesada pensional ³⁴	El Tribunal Superior de Pamplona mediante decisión de 14 de noviembre de 2001 ³⁵ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas.	Peculado simple tentado

En torno de la señora ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO se tienen acreditados, entre otros hechos, los siguientes.

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Fecha de segunda instancia	Mandamiento de pago	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Adecuación típica
1	El Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 6 de septiembre de 1991 ³⁶ ordenó la reliquidación de cesantías, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, con fundamento en que no se tuvo en cuenta en el auxilio de cesantías lo correspondiente a la prima proporcional de servicios. Abogada: Margarita del Carmen Arango Londoño	El Tribunal Superior de Barranquilla mediante decisión de 17 de septiembre de 1992 ³⁷ , en sede de consulta, reformó el fallo del a quo, al considerar además que no se liquidó en debida forma la prima proporcional d servicios, faltando salarios por incluir.	9 de noviembre de 1992 ³⁸ ordenó pagar \$10.097.073,81 (pagados mediante título judicial 171409964 de 27 de enero de 1993³⁹) 9 de agosto de 1993 ⁴⁰ se reliquidó el mandamiento de pago por \$583.356,92 (no se halla prueba de su pago ⁴¹).	No aplica	No se halla prueba de modificación de mesada pensional	Peculado agravado consumado (antes de modificación de la Ley 190 de 1995)

1.3.1. Así, de cara al asunto de la especie, se detalla que para la época cuando se materializaron los hechos relativos a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, regía en Colombia el canon original 133 del Decreto Ley 100 de 1980, variado por la Ley 43 de 1982, sin la modificación del precepto 19 de la Ley 190 de 1995, toda vez que las actuaciones judiciales que componen dichos hechos configuradores del reato investigado se desplegaron y cesaron sus efectos jurídicos y económicos antes de

³¹ Folios 307 y ss, C.O. anexo único. Proceso laboral Juzgado 7 de Barranquilla. Nury Esperanza Montaña Lemus.

³² Folios 316 y ss, C.O. anexo único. Proceso laboral Juzgado 7 de Barranquilla. Nury Esperanza Montaña Lemus.

³³ Folio 190, C.O. 15 de anexos del sumario.

³⁴ Folios 189 y ss, C.O. 15 de anexos del sumario.

³⁵ Folios 349 y ss, C.O. anexo único. Proceso laboral Juzgado 7 de Barranquilla. Nury Esperanza Montaña Lemus.

³⁶ Folios 149 y ss, C.O. 10 de anexos del sumario.

³⁷ Folios 199 y ss, C.O. 10 de anexos del sumario.

³⁸ Folios 211 y ss, C.O. 10 de anexos del sumario.

³⁹ Folios 219 y ss, C.O. 10 de anexos del sumario.

⁴⁰ Folios 221 y ss, C.O. 10 de anexos del sumario.

⁴¹ Folio 238, C.O. 10 de anexos del sumario.

la entrada en vigencia de la Ley 190 de 1995, esto es, previo al día 6 de junio de 1995.

En el mismo sentido, se detalla que la conducta atribuida a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, descrita en el numeral 1 del primer cuadro *ut supra* pertinente y atinente a la resolución 2823 de 31 de diciembre de 1996, se desarrolló cuando regía 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 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 Ley 190 de 1995. Por ello, no emerge duda en cuanto que el aparte sustantivo pertinente es el artículo 397 primigenio de la citada Ley 599.

Bajo este entendido, tanto para el primer comportamiento de peculado consumado bajo el artículo 133 del CP anterior modificado por la Ley 43 de 1982, como para el segundo con aplicación del actual CP, el delito de peculado por apropiación otrora agravado y/o ahora simple según las normativas represoras pertinentes acabadas de referir comportan como pena máxima 15 años de prisión, es decir, 180 meses, la cual también es imponible al determinador acorde al canon 23 del extinto código represor y 30 del vigente, ya que el inciso 2 de la Ley 43 de 1982 que modificó el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 estableció que si lo apropiado supera el valor de \$500.000, monto superado en el presente asunto según lo indicado en la tabla de hechos, la pena corresponderá entre 4 y 15 años de prisión, mientras que el canon 397 original establece para el peculado por apropiación simple, cuando no se superan los 200 SMLMV como aconteció en los señalados numerales, pena de 6 a 15 años de prisión.

Por tanto, el término máximo de sanción privativa de la libertad imponible en el presente caso, que es el que define el lapso prescriptivo de la acción penal, es de 180 meses en fase sumarial y de la mitad en la de causa, que inicialmente corresponden a 15 años en los casos de peculados consumados bajo el artículo 133 del anterior CP modificado por la Ley 43 de 1982 así como en el peculado simple consumado en aplicación del canon 397 original del estatuto represor actual.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la ejecutoria de la resolución de acusación se concretó el 18 de mayo de 2016, y que el lapso prescriptivo corresponde a 15 años, para el peculado simple consumado y para el peculado realizados antes del 6 de junio de 1995 (regidos por el artículo 133 del CP anterior modificado por la Ley 43 de 1982), no media hesitación que al aplicar hacia el pasado esta cifra, se arriba al 18 de mayo de 2001, fecha para la cual ya se había concretado las actuaciones desplegadas por las procesadas, esto es, su presunta participación respecto de la materialización del mandamiento de pago 9 de noviembre de 1992 (**pagado mediante título judicial I71409964 de 27 de enero de 1993**), así como de la resolución 2823 de 31 de diciembre de 1996; a lo que se agrega que la conducta relativa a los hechos aquí abordados no tuvo repercusiones dilatadas en el tiempo

Así, para el 18 de mayo de 2016, ya habían transcurrido más de 15 años desde que se produjo la apropiación de dineros estatales por las actuaciones de los procesados, sin prolongarse sus efectos, para el caso de los peculados consumados señalados, sin que en ningún caso se lograra interrumpir el lapso prescriptivo antes de que el mismo venciera.

Por ende, expiró la acción penal respecto de estas conductas delictivas en la etapa investigativa, correspondiendo a este Despacho efectuar la correspondiente declaración y adoptar la consecuente cesación de procedimiento según el canon 39

ritual únicamente respecto de los hechos aquí señalados respecto de NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO.

Igualmente, vale señalar que a pesar de que la prescripción de la acción penal operó respecto de los hechos acabados de analizar, ello no es óbice para estudiar la viabilidad de adoptar medidas enderezadas al restablecimiento del derecho, que se abordarán más adelante.

1.3.2. De otro lado, respecto de algunos de los comportamientos descritos en la referida tabla comparativa en los numerales 3 y 4 respecto de NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, se detalla que la norma aplicable es el artículo 397 primigenio de la citada Ley 599, según el análisis hecho en precedencia, y el término máximo de sanción privativa de la libertad imponible en estos asuntos, que es el que gobierna el lapso prescriptivo de la acción penal, es de 180 meses en fase sumarial, y de la mitad en la de causa, toda vez que son comportamientos de peculado simple, al no superar el monto de lo presuntamente apropiado los 200 SMLMV.

Ahora bien, los extremos punitivos varían porque las conductas deben ser tomadas en grado de tentativa, según la disposición 27 del CP, el cual señala que cuando la conducta delictual no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, se incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes, de modo que para estos asuntos la pena máxima será de 135 meses, esto es 11 años y 3 meses, según el citado artículo 60 del CP.

Por tanto, el término máximo de sanción privativa de la libertad imponible en los presentes casos, que es el que define el lapso prescriptivo de la acción penal, es de 135 meses, que equivalen a 11 años y 3 meses en los peculados simples tentados, en la fase inicial.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la ejecutoria de la resolución de acusación se concretó el 18 de mayo de 2016, y que el lapso prescriptivo corresponde a 11 años y 3 meses para los peculados simples tentados, no media hesitación que al aplicar hacia el pasado esta cifra, se arriba al 18 de febrero de 2005, fecha para la cual ya se había concretado las actuaciones desplegadas por la procesada MONTAÑO LEMUS, como se puede observar en la citada tabla.

Así, para el 18 de mayo de 2016, ya habían transcurrido más de los 11 años y 3 meses desde cuando se perpetraron los últimos actos, en el caso de la conducta del caso 4, con la expedición de la orden de pago mediante mandamiento del **25 de febrero de 1998** por parte del Juzgado 7 Laboral del Circuito de Barranquilla; y en el caso 3, con la emisión del fallo de 16 de julio de 1999 del Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla, confirmada en alzada por el Tribunal Superior de Bogotá el **6 de diciembre de 2000**, sin que en ningún caso se lograra interrumpir el lapso prescriptivo antes de que el mismo venciera.

Por ende, expiró la acción penal respecto de estas conductas delictivas en la etapa investigativa, correspondiendo a este Despacho efectuar la correspondiente declaración y adoptar la consecuente cesación de procedimiento según el mandato 39 litúrgico solamente acerca de los hechos aquí señalados.

Igualmente, vale señalar que a pesar de que la prescripción de la acción penal operó respecto de los acontecimientos acabados de estudiar, ello no es impedimento para examinar la viabilidad de adoptar medidas enderezadas al restablecimiento del derecho, como se hará más adelante.

1.3.3 Finalmente, frente al comportamiento contenido en el numeral 2 de la tabla de NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, se precisa que la norma aplicable es el canon 397 primigenio de la citada Ley 599, según lo señalado.

Dado que la conducta supera los 200 SMLMV, los límites definidos para el peculado agravado, según el canon 397 inciso 2 primigenio, varían porque la conducta debe ser tomada en grado de tentativa, según la disposición 27 del CP, el cual señala que cuando la conducta delictual no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, se incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes, de modo que para este asunto los extremos punitivos serán de 36 a 202 meses y 15 días, según el citado artículo 60 del CP.

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 202 meses y 15 días, que equivalen a 16 años, 10 meses y 15 días.

Ahora bien, establecido el período a cuyo vencimiento se materializa el fenómeno de la prescripción de la acción penal, es claro que dada de imperfección consumativa en que quedó la acción delictiva por la que se procede, según el pliego de cargos, habida consideración de que sólo predica la prescripción respecto del probable comportamiento ilícito que quedó en grado de frustración, es necesario dilucidar cuál es el momento histórico en el cual dicho lapso comenzó a correr.

Dado que la ejecutoria de la resolución de acusación se cristalizó el 18 de mayo de 2016, y que el lapso prescriptivo corresponde a 16 años, 10 meses y 15 días, no ofrece duda que al aplicar hacia el pasado esta cifra, se arriba al 3 de julio de 1999, fecha para la cual ya se habían concretado las actuaciones desplegadas por la procesada MONTAÑO LEMUS, esto es, su presunta participación respecto de la materialización de la sentencia de 22 de agosto de 1997 del Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla y su mandamiento de pago del 2 de septiembre 1997. Por ello es claro que el comportamiento objeto de revisión tuvo como indudable límite temporal el del **2 de septiembre 1997**, momento del último acto, diáfana razón por la cual no duda el Despacho de que se materializó respecto del comportamiento tentado, el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

En efecto, para el 18 de mayo de 2016, ya habían transcurrido más de 16 años, 10 meses y 15 días desde cuando el comportamiento de la acriminada tuvo la cesación de efectos, y no se logró interrumpir el lapso prescriptivo antes de que el mismo venciera. Por ello, feneció la acción penal respecto de este comportamiento delictivo en la etapa investigativa, correspondiendo a este Despacho efectuar la correspondiente declaración y adoptar la consecuente cesación de procedimiento.

Cabe advertir que a pesar de que la prescripción de la acción penal operó respecto de los hechos acabados de analizar, ello no es óbice para estudiar la viabilidad de adoptar medidas enderezadas al restablecimiento del derecho, como ya se anunció.

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

Ahora, superado lo anterior, 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 canon 232 del CPP, conducen a la certeza acerca de la conducta punible y la responsabilidad de los procesados, o si en su defecto es la duda la que impera, para que se abra paso respectivamente a un fallo de talante condenatorio o absolutorio.

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra los procesados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER

EDITH RUDAS DE ARCO, 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 determinadores, derivado del reconocimiento de sumas dinerarias producto de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste de pensión y pago de indemnización moratoria sin fundamento fáctico y/o jurídico; originados por fallos y mandamientos de pago dictados por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, por pactos conciliatorios y por resoluciones administrativas que finalmente los pagaron.

Las referidas sentencias fueron revocadas posteriormente por distintos Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales; y, en consecuencia, mediante resoluciones del GIT se revocaron las resoluciones administrativas relativas a cada extrabajador, así como que se ordenó el reintegro de las sumas canceladas, en los casos en los que correspondió.

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 APROPIACION. 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 los acriminados se les endilgan punibles de peculado por apropiación consumados, en concurso homogéneo y sucesivo, según lo expuesto claramente en el pliego de cargos en su parte motiva y resolutive, y, 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 los procesados en lo que resulta sentenciable, el Juzgado establecerá de acuerdo con el material suasorio obrante en el expediente lo que se halla probado.

Se encuentra acreditado NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO prestaron sus servicios en distintos cargos en el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Ahora bien, se tiene demostrado que los exportuarios NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO extendieron facultades a varios togados con las cuales se presentaron demandas laborales que culminaron en sentencias y mandamientos de pago proferidos por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla que condenaron a FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación, fallos que ordenaron la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de salarios moratorios y/o el reajuste de las mesadas pensionales; algunas de las sentencias fueron también objeto de pactos conciliatorios, ordenadas cancelar en su mayoría mediante resoluciones administrativas, y fueron posteriormente revocadas en sede de consulta por los Tribunales Superiores de algunos Distritos Judiciales de este país, por lo que mediante resoluciones del GIT se revocaron las resoluciones administrativas relativas a cada extrabajador, y parcialmente dichas resoluciones administrativas, así como que se ordenó el reintegro de las sumas canceladas.

Así, respecto de los extrabajadores mencionados se tiene probado que se beneficiaron, entre otras, de las siguientes actuaciones.

La señora NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS:

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Mandamiento de pago	Acta de Conciliación	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Fecha de consulta y fundamento de la revocatoria
1	El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 27 de marzo de 1996⁴² ordenó la reliquidación de prestaciones sociales y el pago de salarios moratorios, con fundamento en la no inclusión de todos los factores salariales devengados (genérica y abstracta y prima sobre prima) y por la no inclusión de 35 días no laborados por licencias. Abogado: Luis Gutierrez Alfaro.	26 de abril de 1996 ⁴³	No aplica	2067 de 20 de mayo de 1998 ⁴⁴ , ordenó modificar la mesada pensional, a partir del 1 de mayo de 1998; ordenó el pago de diferencias pensionales por \$17.350.283,00.	Se modificó la mesada pensional ⁴⁵ producto de la resolución 2067 de 1998.	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 30 de noviembre de 2001⁴⁶, en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas. Asimismo, la empresa estatal tenía la facultad para descontar días no laborados por licencias. Mediante resolución 000408 de 3 de mayo de 2004⁴⁷ se revocaron los efectos jurídicos y económicos de la resolución 2067, se ajustó

⁴² Folios 159 y ss, C.O. 31 de anexos de Juzgamiento.
⁴³ Folios 166 y ss, C.O. 31 de anexos de Juzgamiento.
⁴⁴ Folios 58 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.
⁴⁵ Folios 8 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.
⁴⁶Folios 215 y ss, C.O. 31 de anexos de Juzgamiento.
⁴⁷ Folios 1 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

						la mesada pensional, y se ordenó el reintegro de \$87.892.063,94, que corresponden a 245,5 SMLMV de 2004
2	El Juzgado 6 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 8 de agosto de 1997 ⁴⁸ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales y el pago de salarios moratorios, con fundamento en que no se liquidaron las prestaciones sociales con base en todos los factores salariales del último año. Abogado: Manuel Arturo Jiménez Sánchez	19 de agosto 1997 ⁴⁹	Acta 29 de 3 de junio de 1998 ⁵⁰ Abogado: Manuel Arturo Jiménez	2226 de 12 de junio de 1998 ordenó el pago del acta 29 de 1998 y las providencias referidas en favor del abogado Manuel Arturo Jiménez, como representante entre otras, a Nury Montaña, por \$41.200.000 que corresponden a 202,13 SMLMV de 1998 (pagada por bonos D.C.V. 138-00-2-001069-2 de Serfinco S.A.)	No se modificó la mesada pensional ⁵¹	El Tribunal Superior de Pamplona mediante decisión de 16 de diciembre de 2003 ⁵² , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas. El 9 de junio de 2005 ⁵³ , la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no casó la referida providencia judicial.

El señor JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA:

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Mandamiento de pago	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Fecha de consulta y fundamento de la revocatoria	Resolución del GIT
1	El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 28 de febrero de 1996 ⁵⁴ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales y el pago de salarios moratorios, toda vez que no se incluyó en su liquidación la totalidad de lo devengado en el respectivo semestre en la prima de servicios (prima sobre prima). Abogado: Alfonso Gil de la Hoz	13 de mayo de 1996 ⁵⁵	1083 de 7 de mayo de 1998 ⁵⁶ , pagada por la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998 ⁵⁷ , ordenó el pago de \$74.000.000 que corresponde a 363,05 SMLMV de 1998 .	No se modificó la mesada pensional	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 19 de diciembre de 2001 ⁵⁸ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas. Asimismo, adujo que la prima de servicios no puede ser utilizada para reliquidar la	000176 de 23 de febrero de 2004 ⁵⁹ revocó las resoluciones 1083 de 1998 y 2070 de 1998 (parcialmente) y ordenó el respectivo reintegro.

⁴⁸ Folios 98 y ss, C.O. 18 de anexos del sumario.
⁴⁹ Folios 106 y ss, C.O. 18 de anexos del sumario.
⁵⁰ Folio 118 y ss, C.O. 15 de anexos del sumario.
⁵¹ Folios 189 y ss, C.O. 15 de anexos del sumario.
⁵² Folios 150 y ss, C.O. 18 de anexos del sumario.
⁵³ Folios 194 y ss, C.O. 18 de anexos del sumario.
⁵⁴ Folios 26 y ss, C.O. 38 de anexos de juzgamiento.
⁵⁵ Folios 35 y ss, C.O. 38 de anexos de juzgamiento.
⁵⁶ Folio 82 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.
⁵⁷ Folio 77, C.O. 1 de anexos del sumario.
⁵⁸ Folios 87 y ss, C.O. 38 de anexos de juzgamiento.
⁵⁹ Folio 72 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

					misma prima de servicios.	
--	--	--	--	--	---------------------------	--

La señora ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO:

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Mandamiento de pago	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Fecha de consulta y fundamento de la revocatoria	Resolución del GIT
1	El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 28 de febrero de 1996 ⁶⁰ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, con fundamento en que no se tuvo en cuenta todo lo devengado para liquidar la prima de servicios (prima sobre prima). Abogado: Ángel Rodríguez Villanueva	4 de junio de 1996 ⁶¹	1768 de 16 agosto de 1996 ⁶² ordenó modificar la mesada pensional de varios exportuarios, entre ellos, RUDAS DE ARCO, por \$1.473.181, así como el pago de diferencias pensionales por \$753.180. Respecto del pago de las reliquidaciones de prestaciones sociales no se evidencia pago (memorando 1020 de 20 de octubre de 2003 ⁶³). Abogado: Camilo Torres Romero	Se modificó la mesada pensional ⁶⁴ producto de la resolución 1768 de 16 agosto de 1996 a partir de agosto de 1996 (memorando 1020 de 20 de octubre de 2003 ⁶⁵).	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 19 de diciembre de 2001 ⁶⁶ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas. Asimismo, señaló que no le era dable estudiar al a quo, conceptos no solicitados en la demanda.	002639 de 18 de noviembre de 2003 ⁶⁷ revocó parcialmente los efectos jurídicos y económicos de la resolución 1768, se ajustó la mesada pensional, y se ordenó el reintegro de \$43.495.221,17, que corresponde a 131 SLMMV de 2003
2	El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 24 de mayo de 1995 ⁶⁸ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios de varios exportuarios, entre ellos RUDAS DE ARCO, con fundamento en que no se le incluyó todo lo devengado en el último año de servicio al momento de su retiro, y en específico, un ajuste de sueldo reconocido en junio de 1988.	1 de junio de 1995 ⁶⁹	0039 de 22de enero de 1997 ⁷⁰ ordenó pagar el mandamiento de pago, y respecto de RUDAS DE ARCO, equivale a \$79.613.348,42 (Nota debito 1178 de 28 de enero de 1997 ⁷¹). Abogada: Maritza Tatis de Jesús Ricardo 1038 del 30 de mayo de 1996 ⁷² ordenó modificar la mesada pensional de RUDAS DE	Se modificó la mesada pensional producto de la resolución 1038 del 30 de mayo de 1996, a partir de mayo de 1996 ⁷³ (memorando 481 de 31 de agosto de 2009).	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 23 de noviembre de 2001 ⁷⁴ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas.	001268 de 29 de septiembre de 2009 ⁷⁵ revocó los efectos jurídicos y económicos de la resolución 1038, se ajustó la mesada pensional, y se ordenó el reintegro de \$358.035.496,72 (\$278.422.148,30 por diferencias pensionales pagadas de más hasta 2009, más \$79.613.348,42 pagados por resolución 0039), que corresponde a 720,53 SMLMV de 2009

60 Folios 140 y ss, C.O. 9 de anexos del sumario.

61 Folios 149 y ss, C.O. 9 de anexos del sumario.

62 Folios 127 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

63 Folios 91 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

64 Folios 8 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

65 Folios 206 y ss, C.O. 4 de anexos del sumario.

66 Folios 214 y ss, C.O. 9 de anexos del sumario.

67 Folios 85 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

68 Folios 74 y ss, C.O. 11 de anexos del sumario.

69 Folios 86 y ss, C.O. 11 de anexos del sumario.

70 Folio 150 y ss, C.O. 4 de anexos del sumario.

71 Folios 132, C.O. 4 de anexos del sumario.

72 Folios 211 y ss, C.O. 4 de anexos del sumario.

73 Folios 197, C.O. 4 de anexos del sumario.

74 Folios 120 y ss, C.O. 11 de anexos del sumario.

75 Folios 131 y ss, C.O. 4 de anexos del sumario.

	Abogada: Maritza Tatis de Jesús Ricardo		ARCO en \$1.222.121,60 y el pago de diferencias pensionales por \$8.178.651,64 Abogado: Camilo Torres Romero			
--	---	--	---	--	--	--

Cabe ahora memorar que a pesar de que la actuación fue cesada en favor de algunos acusados por extinción de la acción penal acaecida por su muerte, es menester examinar su facticidad y su presunto grado de injusto, como también se hará.

El señor FRANCO BARRIOS DEL VALLE (fallecido):

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Mandamiento de pago	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Fecha de consulta y fundamento de la revocatoria	Resolución del GIT
1	El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 28 de enero de 1998 ⁷⁶ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, con fundamento en que no se incluyó en la liquidación de prima de antigüedad proporcional, el subsidio de transporte.	20 de febrero de 1998 ⁷⁷	2617 de 31 de julio de 1998 ⁷⁸ ordenó el reajuste pensional y el pago de diferencias pensionales por \$1.631.412 (pagada con orden de pago 085277 de 31 de julio de 1998 ⁷⁹)	No se modificó mesada pensional (memorando 150 de 26 de enero de 2004 ⁸⁰)	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 31 de enero de 2002 ⁸¹ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas. Asimismo, dijo que el a quo tergiversó el petitum refiriéndose al auxilio de transporte.	000700 de 6 de julio de 2004 ⁸² revocó los efectos jurídicos y económicos de la resolución 2617 y se ordenó el reintegro de lo pagado.
2	---	El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Barranquilla libró mandamiento de pago el 18 de marzo de 1998 ⁸³ , basado en el acta 1939 de 7 de diciembre de 1993 ⁸⁴ que respecto de BARRIOS DE VALLE, ordenó pagar retroactivo de 1991 y 1989, recargo nocturno 35%, domingo y festivo.	---	---	---	---

⁷⁶ Folios 180 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁷⁷ Folios 187 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁷⁸ Folios 206 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁷⁹ Folios 173 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁸⁰ Folios 139 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁸¹ Folios 230 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁸² Folios 131 y ss, C.O. 5 de anexos del sumario.
⁸³ Folios 41 y ss, C.O. 6 de anexos del sumario.
⁸⁴ Folios 27 y ss, C.O. 6 de anexos del sumario.

		(Genérica y abstracta) El 15 de octubre de 1999 ⁸⁵ se decretó la suspensión del proceso ejecutivo				
--	--	---	--	--	--	--

El señor RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA (fallecido):

Nº	Juzgado, fecha de la sentencia y fundamento de la condena a FONCOLPUERTOS	Mandamiento de pago	Acta de Conciliación	Resolución administrativa	Modificación de mesadas pensionales	Fecha de consulta y fundamento de la revocatoria
1	El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 16 de agosto de 1995 ⁸⁶ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, con fundamento en la diferencia salarial entre el sueldo básico y el sueldo promedio mensual, ya que según evaluación médica al actor debían asignársele funciones distintas a las de estibador por encontrarse en tratamiento médico.	23 de agosto de 1998 ⁸⁷	No aplica	593 de 15 de mayo de 1997 ⁸⁸ ordenó modificar la mesada pensional de MOVILLA MENDOZA en \$2.886.600,71, y el pago de diferencias pensionales por \$\$27.415.050,4. 1228 de 3 de septiembre de 1997 ⁸⁹ ordenó pagar el mandamiento de pago referido por \$107.808.870,87.	No se modifica la mesada pensional (memorando 521 de 12 de abril de 2004 ⁹⁰)	El Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión de 31 de julio de 2001 ⁹¹ , en sede de consulta, revocó el fallo del a quo, comoquiera que no se adjuntó la norma convencional con las formalidades requeridas. 000503 de 31 de mayo 2004 ⁹² revocó parcialmente las resoluciones 593 y 1228.
2	El Juzgado 3 Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia de 29 de octubre de 1996 ⁹³ ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de salarios moratorios, toda vez que no se incluyó 65 días no laborados en la prima de antigüedad	8 de noviembre de 1996	Acta 51 de 30 de abril de 1998 ⁹⁴ pactó respecto de MOVILLA MENDOZA \$59.800.000	1430 de 7 de mayo de 1998 ⁹⁵ , pagada por la resolución 2070 de 20 de mayo de 1998, ordenó el pago de \$338.600.000, dentro de lo que se incluye los \$59.800.000 de MOVILLA MENDOZA.	No se halla prueba de modificación de la mesada pensional	No se halla prueba de la revocatoria del acta y resoluciones

4. Materialidad de las conductas punibles objeto de juzgamiento.

Teniendo en cuenta lo probado en este dossier así como lo establecido en el pliego de cargos, el Despacho examinará si en el presente caso es predicable la

⁸⁵ Folios 173 y ss, C.O. 6 de anexos del sumario.
⁸⁶ Folios 65, C.O. 4 del sumario.
⁸⁷ Folios 68 (reverso), C.O. 4 del sumario.
⁸⁸ Folio 315 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario
⁸⁹ Folio 307 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario
⁹⁰ Folios 190 y 191, C.O. 3 del sumario.
⁹¹ Folios 284 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.
⁹² Folio 274 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.
⁹³ Folios 57 y ss, C.O. 23 de anexos del sumario.
⁹⁴ Folios 24 y ss, C.O. 23 de anexos del sumario.
⁹⁵ Folios 160 y ss, C.O. 23 anexos

estructuración de los comportamientos delictivos por los cuales se procede, adelantándose desde ya que se encuentra demostrada la materialidad de las conductas, a diferencia de lo señalado por algunos defensores de los aquí acriminados.

4.1. Sentencias supuestamente ejecutoriadas sin surtir el grado jurisdiccional de consulta, y su posterior revocatoria.

En lo relativo a la obligatoriedad que acompañaba 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 ordenadas 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 expondrá.

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 FONCOLPUERTOS⁹⁶, 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, 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 Barranquilla, 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

⁹⁶ 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.

FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra los acusados 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 a los acriminados 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, no puede ser tenido en cuenta como determinante de ilicitud en el actuar de los acriminados, 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 y mandamientos de pago proferidos por los mencionados Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, 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 equívocos 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”⁹⁷.

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 Barranquilla, 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 No. 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 consecuencial 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.

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,

⁹⁷ 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.

además de lo expuesto, saca a la luz otra de las vías por las que se quebrantó el ordenamiento jurídico nacional.

4.2. Reliquidación de la prima (proporcional) de servicios (“prima sobre prima”)

El concepto de “prima sobre prima” atañe a un término derivado del uso de los abogados, trabajadores y funcionarios de la extinta Puertos de Colombia, y que se refiere a la forma de liquidar las dos primas semestrales a las que tenían derecho los exportuarios en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo (CCT) vigente, consistente en liquidar la prima de junio incluyendo el valor de la prima de diciembre, y al hacer lo propio con la prima de diciembre se incorporaba el valor de la prima de junio.

La prestación social denominada prima de servicios se encuentra regulada en los artículos 306, 307 y 308 del CST, que prescriben:

“ARTICULO 306. PRINCIPIO GENERAL.

1. Toda empresa de carácter permanente está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, así:

a). Las de capital de doscientos mil pesos (\$200.000) o superior, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa, y (...)

2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior.

ARTICULO 307. CARACTER JURIDICO. La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso.

ARTICULO 308. PRIMAS CONVENCIONALES Y REGLAMENTARIAS. Las empresas que por pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o reglamentos de trabajos estén obligadas a conocer a sus trabajadores primas anuales o primas de navidad, tendrán derecho a que el valor de estas primas, se impute a la obligación de que trata el presente capítulo, pero si la prima de servicios fuere mayor deberán pagar el complemento”.

La CCT que rigió entre 1989-1990, 1991–1993 para los trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia de las Terminales Marítimas de Cartagena, Barranquilla y la oficina de conservación de obras de Bocas de Ceniza, estableció:

“ARTICULO 102. Se pagará a todos los trabajadores sin excepción, dos (2) primas en el año, consistentes cada una en un mes de salario promedio, así:

La primera prima equivalente a un (1) mes de salario promedio en los primeros quince (15) días del mes de junio de cada año, y la segunda equivalente a un (1) mes de salario promedio en los primeros quince (15) del mes de diciembre de cada año.

La prima de junio se liquidará y pagará con base en lo devengado por el respectivo trabajador durante el lapso comprendido entre el 1 de diciembre y el 31 de mayo de cada año.

La prima de diciembre se liquidará y pagará con base en los salarios devengados entre el 1 de junio y el 30 de noviembre de cada año”⁹⁸.

De tal claridad normativa emerge que la liquidación de las primas de servicios se efectúa con fundamento en el salario devengado por el trabajador en el respectivo período, mas no por lo causado o recibido en períodos anteriores, situación que hace inviable en derecho tener en cuenta la prima liquidada o pagada para un lapso antecedente, como base salarial para calcular con otros rubros del período siguiente.

⁹⁸ Para el caso de la Convención Colectiva que rigió para los años 1987-1988 este artículo es el 92

Así, la prima de junio corresponde al período que va del 1 de diciembre a 31 de mayo; y la prima de diciembre, al lapso del 1 de junio al 30 de noviembre. Por ende, lo devengado en el primer período, no debe ser tenido en cuenta para liquidar lo referente al segundo.

En este orden, no tiene sustento legal ni convencional la interpretación que sostiene que al liquidar la prima de junio debía tomarse, con los otros rubros, el valor de la prima de diciembre, misma interpretación utilizada para la liquidación de la prima de diciembre, y que aviene inadmisibles en derecho, mucho más cuando se observa que el mismo canon 102 de la CCT precitada hace referencia a que se liquidarán y pagarán las primas con base en los salarios devengados en dichos períodos.

En este punto, es aplicable la decisión emitida el 12 de marzo de 2002, en el radicado 17387, con ponencia del H. M. Dr. Germán Valdés Sánchez, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que precisó la diferencia que existe entre el concepto de percibir y devengar, y en donde, en criterio de esa Alta Corporación, si bien la prima de servicios pudo haberla recibido el trabajador en el semestre siguiente y correspondiente al período de la otra prima, ello no significa que se convierta en factor salarial para tasar la prima correspondiente al otro lapso, ya que el derecho fue adquirido en el período anterior. En efecto, dicha Alta Corporación señaló: *“Como significado de dichos vocablos el Diccionario de la Lengua Española, a la letra, dice: ‘percibir (del lat. Percipere.) tr. Recibir una cosa y entregarse de ella. PERCIBIR el dinero, la renta. 2. Recibir por uno de los sentidos las especies o impresiones del objeto. 3. Comprender o conocer una cosa.’ ‘devengar. (De de y el lat. vindicare, atribuirse, apropiarse.) tr. Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. DEVENGAR salarios, costas, intereses”*.

Esa misma Colegiatura en fallo adoptado el 25 de mayo de 2005, dentro del caso 24520 atinente a FONCOLPUERTOS, siendo ponente el H. M. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, ratificó lo expresado al sostener:

“En efecto, se pidió el reajuste de la prima de servicios de diciembre de 1991 por haberse dejado de apreciar en su estribo de liquidación la suma de \$49.472,02, pagada en la segunda quincena del mes de agosto de 1991 por concepto de retroactivo de prima de servicios.

Conforme al artículo 102 de la convención colectiva arrimada a los autos, los trabajadores de la desaparecida Empresa Puertos de Colombia tenían derecho a dos primas en el año, equivalente cada una a un mes de salario promedio, pagaderas la primera en los primeros quince días del mes de junio y la segunda, en los primeros quince días de diciembre. La prima de junio, disponía el texto convencional, se liquidaba con fundamento en lo devengado por el empleado durante el lapso comprendido del 1º de diciembre al 31 de mayo.

(...)

De asumirse -por simple lógica y por registrarlo así el a quo- que esa plataforma la constituía lo devengado por el trabajador del 1º de junio al 30 de noviembre de 1991 en el caso de autos, se exhibe evidente que el retroactivo de la prima de servicios satisfecha en agosto de 1991 no debía colacionarse al no haberse devengado en el referido período, como que se trataba de un derecho que se causó por labores realizadas del 1º de diciembre de 1990 al 31 de mayo de 1991”.

Carece de sentido que una prima de servicios que tiene el carácter de semestral afecte a la que habrá de pagarse en el próximo, y así sucesivamente por el solo hecho de cancelarse dentro del período de la otra prima. Arribar a esa conclusión llevaría al absurdo de que la reliquidación de una, llevaría al reajuste de la otra, que a la vez generaría otra reliquidación, la cual a su turno causaría lo propio y ésta haría lo mismo indefinidamente, incrementando injustificadamente el valor a cancelar y generando así detrimento patrimonial para el Estado.

Entonces, fue ilegal tomar como devengado en la liquidación de la prima referida el valor de la prima del lapso anterior, ya que no fue causada como salario en ese período, y no debía ser tenida en cuenta al momento de la liquidación de dicha prestación social.

Adicionalmente, resulta inadmisibile y contrario a cualquier sana lógica que tal reconocimiento, se tenga en cuenta para liquidar el monto de otras prestaciones causadas de manera concomitante, por cuanto dicha tesis en la práctica, conllevaría a una cadena infinita de liquidaciones de tales emolumentos.

En este orden de ideas, no ofrece duda que era ilegal reconocer la “*prima sobre prima*” con base en el artículo 102 convencional de forma directa, mediante providencias judiciales y resoluciones administrativas de pago, y, por tanto, no era conforme a derecho derivar reliquidaciones o diferencias en el pago de conceptos, como el pago de diferencias en las mesadas pensionales y la indemnización moratoria en los asuntos reseñados en las tablas precedentes, en donde se consagró este concepto inexistente, siendo en algunos eventos posteriormente reajustada la mesada pensional y pagada la sanción moratoria.

4.3. Reliquidaciones por la no inclusión al retiro de días realmente no laborados.

Encuentra el Despacho que algunas de las referidas sentencias y resoluciones administrativas dispusieron el pago de conceptos laborales sin soporte fáctico ni fundamentación jurídica, producto del reconocimiento de días que no fueron laborados por los exportuarios en época de permisos o licencias no remuneradas y/o faltas.

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 del acto, lo correspondiente a los eventos descritos como causales por la Ley, 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, 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 y pago de indemnización moratoria, sustentadas en la inclusión de días no laborados por 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 la providencia judicial, pagada mediante 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 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, el reajuste pensional y/o el pago de la indemnización moratoria, sin fundamento alguno.

4.4. Reconocimiento de sumas genéricas y sin individualizar en providencias judiciales y/o en actas de conciliación.

Encuentra el Estrado que las providencias judiciales, actas de conciliación y resoluciones administrativas referidas, reconocen en abstracto y sin individualizar la reliquidación de prestaciones sociales, reajustes pensionales, indexaciones, indemnizaciones moratorias e intereses moratorios, no determinando ni especificando debidamente los derechos reconocidos a los ,exportuarios o beneficiarios allí referidos.

Asimismo, no media hesitación alguna que lo solicitado y reconocido comporta irregularidades sustanciales que derivaron en el reconocimiento de montos prestacionales sin fundamentación, toda vez que la petición y reconocimiento de derechos laborales sin especificar sirvió de ropaje de legalidad, al ser reconocida mediante acta de conciliación y/o sentencias, para mantener velado el comportamiento ilícito, consistente en defraudar las arcas estatales, impidiendo con ello de entrada ejercer el control sobre los supuestos conceptos, montos y períodos reliquidados, con el fin de evitar que la autoridad competente efectuara el examen de confrontación y de legalidad de los tópicos sobre los que versaron tales pactos.

Es claro que el detrimento patrimonial del erario se evidencia por el aparente reconocimiento de conceptos genéricos o abstractos que se otorgan sin ningún soporte probatorio en las referidas providencias y/o actas de conciliación, así como en las actuaciones posteriores, circunstancia que debió suscitar la negativa de tales peticiones, ya que sólo se debe reconocer derechos laborales ciertos, es decir, sobre los cuales no ofrezcan duda su causación y pago, circunstancia que en todo caso aplica para los mandamientos de pago.

Es así como en lo reconocido en las mentadas providencias judiciales y/o actas conciliatorias no se expresaron con puntualidad a qué correspondían de forma individualizada esos factores ni a qué valores, especialmente lo relativo a los ingentes reconocimientos prestacionales e indemnizaciones moratorias fundadas en aparentes conceptos laborales, y que por ausencia de explicitación previa en las actas y/o mandamientos de pago no halla correspondencia en éstas, donde tampoco se atisban los períodos a los que corresponde cuánto fue lo dejado de pagar producto de los presuntos factores impagos, mucho más cuando ni siquiera se aportaron los soporte de las liquidaciones.

En el expediente no se han hallado documentos de soporte de los procesos laborales, ni de las actas de conciliación, esto es, poderes, peticiones ni mucho menos liquidaciones de lo reconocido en las mismas, específicamente lo concerniente al cálculo de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensional, los intereses comerciales y moratorios, hallándose en las sentencias y actas la relación abstracta de los montos reconocidos, esto es, reajuste de mesada pensional, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria, intereses moratorios, entre otros, máxime cuando no se señalan claramente ni el monto ni el período al cual se accede, si es que a eso se debió el reconocimiento prestacional, evidenciándose por tanto la indeterminación y generalidad con dichas pruebas documentales.

De tal análisis deviene que las providencias judiciales y/o actas de conciliación señalados resultan abiertamente ilegales, ya que constituyen actos con aparente ropaje de legalidad en el que las formalidades, entre ellas la aprobación del

conciliador institucional del Ministerio de Trabajo y su presunto control en derecho, así como la suscripción por parte de la autoridad judicial competente, envolvían la materialidad del compromiso real, vinculante, obligacional y económico que adquirió el Estado por medio de quien concurrió con facultad para disponer del erario, sumado a que se yergue como un accionar colmado de ilicitud, comoquiera que los rubros deprecados por quien componía la parte reclamante, carecían de sustento fáctico y normativo, es decir, eran ajenos y no estaban asistidos por el derecho, la justicia y la equidad, aunado a que el andamiaje de la ritualidad de la conciliación y del procedimiento judicial fueron utilizados para que la Nación reconociera montos a favor de los exportuarios sin la debida motivación ni los soportes que demostraran la existencia de la deuda, cifras que a la postre fueron pagadas.

4.5. 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 sentencias pagada mediante resoluciones administrativas, señalada en las tablas precedentes, 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 el mencionado fallo que ordenó 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 fundó en la prima sobre prima, entre otros, sino que también, por fuera del objeto de la demanda, se excedieron las atribuciones *extra y ultra petita*, lo cual fue inducido desde la demanda.

En efecto, se aprecian aseveraciones fácticas inciertas, infundadas o lejanas de la realidad contenidas en el libelo introductorio, según lo que se desprende de la sentencia, 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, acarreando 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 desmán al pronunciarse acorde a dicha facultad, que de ninguna manera es absoluta ni tampoco omnímoda.

De hecho, la sentencia del respectivo Tribunal Superior de Bogotá en sede de consulta advirtió en decisión relacionada en las tablas respectivas, la falta de congruencia entre el libelo de la demanda y lo efectivamente reconocido por el fallador de primer grado en el caso referido, 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”.⁹⁹, 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.”.¹⁰⁰

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 probados¹⁰¹; 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

⁹⁹ Sentencia del 6 de septiembre de 1.990., Radicación No. 3828, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 27 de mayo de 1.998, Radicación No. 10468, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero.

¹⁰¹ 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.

el yerro del inferior así lo impone¹⁰², 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”¹⁰³, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso¹⁰⁴ (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 pretermittir 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”.

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.

5. Tipicidad.

5.1. 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

¹⁰² 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.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ver la Sentencia T-474 de 1.992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

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”*¹⁰⁵.

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”*¹⁰⁶. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo¹⁰⁷. 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 (…)”*¹⁰⁸.

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*

¹⁰⁵ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

¹⁰⁶ PEREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial*. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

¹⁰⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

¹⁰⁸ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

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 hubieran 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 servidos, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*¹⁰⁹. 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”*¹¹⁰.

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 Barranquilla que emitieron las decisiones cuestionadas, ni de los directores generales de FONCOLPUERTOS de la época y a quienes los representaron en el acta de conciliación referida, ni del Inspector de Trabajo que participó en su suscripción, se hace necesario establecer si se desplegaron al menos conductas típicas y antijurídicas, ya que la “determinación” para ser punible requiere, en virtud de la denominada accesoriedad limitada¹¹¹, 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 Anibal 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

¹⁰⁹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

¹¹⁰ *Ibidem* pág. 97

¹¹¹ *“(…) 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 (…)”* HERNADEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

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 providencias proferidas por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla en favor de los exportuarios NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, junto con el pacto conciliatorio y las resoluciones administrativas que ordenan cancelarlos, según corresponda, 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 del CP, esto es, peculado por apropiación, 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 Barranquilla señaladas en los cuadros anteriores fueron revocadas por el superior funcional, 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 acta de conciliación y resoluciones administrativas que las pagaron, producto de reconocimientos contrarios a derecho como pagos por conceptos abstractos y sin individualizar, la *"prima sobre prima"*, reliquidaciones indebidas producto de días no laborados y excesos en las facultades *ultra y extra petita*; reconocimientos, que de acuerdo con lo indicado, no tenían sustento legal ni convencional, 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 exportuarios acriminados, 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.

En lo atinente a la agravante por la cuantía, vale referir que los montos señalados en las tablas adjuntas 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 respecto de los reconocimientos realizados a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO (con la excepción del comportamiento señalado en el numeral 1 de su tabla), norma especial que aumenta la punición para el peculado por apropiación y define la causal de agravación por efectos de cuantía.

Por su parte, las sumas relativas al comportamiento descrito en el numeral 1 de la tabla del aparte 3 referido, relativo a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, no se adecua al monto exigido en el inciso 2° del canon 397 del CP primigenio, y, por ende, se deberán adecuar a la modalidad simple del reato analizado.

Por tales motivos, el Despacho encuentra acreditado que las conductas escrutadas son objetivamente típicas y antijurídicas, y corresponden a los punibles concursales, de un lado, de peculado por apropiación agravado consumado respecto de los acriminados señalados, de acuerdo con el canon 397 primigenio inciso 2° de la actual codificación represora; y simple frente a uno de los comportamientos de ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO según el artículo 397 inciso 1°, 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, configurando con ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

A las anteriores precisiones se arriba únicamente en este momento de análisis del fallo, cuando se valoran en conjunto y críticamente todas las pruebas, ya que en manera alguna la Fiscalía lo efectuó en el pliego de cargos, donde ese órgano

estatal no expuso la debida discriminación fáctica de cara a las cuantías exactas y al encuadramiento típico propio de cada comportamiento, de suerte que es sólo hasta este instante cuando se detalla la presencia de un peculado simple y del término cercano para la prescripción de la acción penal el 18 de noviembre de 2023 para el mismo, lo cual únicamente es atribuible a la Fiscalía por las serias deficiencias en que incurrió y a la congestión judicial que ha agobiado a este Juzgado, según lo explicitado con antelación.

5.2. Establecido que el actuar de los procesados es objetivamente típico y antijurídico, se entra a analizar las conductas desplegadas como presuntos determinadores responsables.

En lo atiente al compromiso subjetivo de los exportuarios NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, y, en específico, en torno del dolo requerido, es decir, al conocimiento de que con su actuar se puede incurrir en una conducta ilícita y punible, y aun así se perpetra el comportamiento prohibido, el Estrado encuentra que estos acusados como extrabajadores de COLPUERTOS conocían a qué tenían derecho; y, empero, otorgaron poderes a múltiples profesionales del derecho, para obtener por distintos medios el reconocimiento de montos sin ningún sustento jurídico ni fáctico, como lo fue la obtención de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste de mesada pensional y/o pago de indemnización moratoria producto de los referidos conceptos ilegales e irregulares, contraviniendo las normas convencionales y jurisprudenciales, para que se le reconociesen mediante providencias judiciales, actas de conciliación y resoluciones administrativas, buscando la apropiación de bienes del Estado sin tener derecho a ello.

Es claro para el Despacho que los procesados contaban con varios años al servicio a COLPUERTOS, siendo la de menor antigüedad la acriminada NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, con más de 11 años¹¹², mientras la procesada ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO laboró más de 21 años¹¹³ y JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA 20 años¹¹⁴, de ahí que conocían las prestaciones sociales a las que tenían derecho, y, a pesar de ello, otorgaron en varias oportunidades poderes a togados para lograr de cualquier forma y a través de cualquier clase de pretensión el reconocimiento de sumas dinerarias contrarias al peculio estatal, y adicionalmente, los que así lo hicieron, así como sabían de las licencias que solicitaron y de las que se beneficiaron.

Adicionalmente, no se duda que estuvieren al tanto que intentar las reclamaciones de acreencias a las cuales no tuvieron derecho y de que poner en riesgo o menoscabar las arcas estatales, constituyera una acción sancionada por la Ley, censurada por el conglomerado social y rechazada por la comunidad ante un mínimo sentir de justicia y equidad, máxime cuando se recuerda que como extrabajadores de esa entidad tuvieron la categoría de servidores públicos, de forma que es claro que por tales condiciones y ejercicio laboral, así como por su liquidación final de prestaciones sociales, eran sabedores de su situación particular y de que la entidad estatal nada les adeudaba, mucho más cuando el conocimiento de lo ilícitamente reclamado no requería mayor exigencia intelectual por parte de los extrabajadores en el caso de las reclamaciones por días no laborados, lo que indica que procedió con un fin ilícito de aumentar su patrimonio a costa de las arcas estatales.

¹¹² Folio 57 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹¹³ Folio 172, C.O. de hoja de vida de NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS.

¹¹⁴ Folio 96, C.O. de hoja de vida de JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA.

También, se destaca que los exportuarios NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO aquí acriminados otorgaron múltiples poderes a distintos abogados para reclamar administrativa y judicialmente distintos conceptos a FONCOLPUERTOS, no sólo en los comportamientos analizados ampliamente en el fallo, sino también otros que reposan en sus hojas de vida pensionales y printers de pago; de donde se colige el interés desmedido de los exportuarios de seguir formulando reclamaciones contra la entidad para obtener la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensionales y el pago de indemnización moratoria, procedieron en este sentido con miras a obtener un ilícito y ambicioso engrosamiento de su peculio particular lejano de toda justicia y equidad, aspectos que se destacan sobremanera aunque en lo que atañe a algunos comportamientos la acción penal feneció o no se imputó punible alguno por dichas conductas.

Tampoco media hesitación en cuanto que fuera de dominio de estos encausados que al otorgar múltiples poderes para adelantar procesos ordinarios laborales, ejecutivos y/o tramite conciliatorio o administrativo y solicitar la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste pensional y el pago de indemnización moratoria desconociendo las normas convencionales y lineamientos jurisprudenciales, se estaría incurriendo en conducta punible, comoquiera que los rubros reconocidos carecían de sustento fáctico y normativo, es decir, eran ajenos y no estaban asistidos por el derecho, la justicia y la equidad.

En efecto, no se requiere luenga experticia ni tampoco profundos o muy especializados conocimientos en materia jurídica, para comprender que al realizar múltiples reclamaciones por diferentes motivos, se desencadenarían reconocimientos a cargo de la Nación por conceptos plurales contradictorios, de donde se colige la intención defraudatoria peculadora, aunado a que tampoco resulta admisible pregonar en los asuntos por días no laborados, que le fuera desconocido que por el hecho de no trabajar en el tiempo de las licencias (no remuneradas), la empleadora estatal tampoco estaba obligada a pagarle salario, máxime cuando de las reglas de la experiencia se desprende que para el conglomerado es sabido que una persona sólo tiene derecho a cobrar sueldo cuando trabaja efectivamente.

Cabe ahora memorar que el señor JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA señaló en su injurada que luego del retiro de la empresa otorgó poderes a Alfonso Gil de la Hoz y a Miryam Charrys Blanco. Además, informó que le dio poder de buena fe al primero porque éste le dijo que tenía derecho; empero, estimó que fue engañado por el abogado que estudio el caso.

Por su parte, ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO manifestó en su indagatoria que le dio poderes de buena fe a Maritza de Jesús Tatis Ricardo, Margarita Arango Londoño, Ángel Rodríguez, Camilo Torres Romero, abogados que, en su sentir, abusaron de su honestidad, al hacer que le pagaran lo que no le debían, sumado a que fueron ellos quienes la convencieron de interponer reclamaciones.

De otro lado, NURY ESPERANZA MONTAÑO LEMUS sostuvo que confió y le dio poder a varios abogados, entre ellos, Luis Gutiérrez Alfaro, a quien acudió por recomendación, y quien le indicó que tenía derecho a reclamar. También, sostuvo que otorgó mandatos a Fidel Oñoro Retamozo y a Manuel Jiménez Sánchez, sin recordar los conceptos.

Así, el Juzgado observa desprovisto de virtud exculpatoria lo sostenido por los acriminados al momento de ejercer su defensa material en los distintos momentos de este proceso penal, y se tiene que si bien podían no tener un conocimiento especializado acerca de la materia jurídica, no menos cierto resulta que, de acuerdo con lo acreditado, el otorgamiento de múltiples poderes con fines reclamatorios a

varios abogados, algunos de los cuales sí modificaron sus mesadas pensionales, refleja la proterva intención de apropiarse de dineros estatales bajo cualquier pretensión, configurando las conductas típicas y antijurídicas aquí estudiadas, sin que sea exculpatorio la varias veces alegada intervención de los abogados en los tramites y su asesoría legal, más aun cuando, se itera, la multiplicidad de poderes y reclamaciones evidencian el protervo interés en desfalcicar a la Nación.

De hecho, cabe aquí memorar que los procesados suscribieron poderes de cuyo contenido emerge que eran sabedores de los variados conceptos que los profesionales del derecho reclamaron en su nombre, mediante acciones adelantadas contra una entidad pública, de modo que era claro para los mismos los pedimentos enderezados a obtener la reliquidación de prestaciones sociales y el reajuste pensional por la inclusión de factores ilegales, sin que tuviera derecho a ello, con cargo al tesoro de la Nación.

Estas conclusiones revelan que los acusados eran conscientes de haber entablado reclamaciones que eran insustanciales e inadmisibles en derecho, pero a pesar de ello decidieron obrar en sentido contrario a la Ley, esto es, deprecando una reliquidación de prestaciones sociales y reajuste pensional que no estaban asistidas por la legalidad, la justicia y la equidad, y la obtención irregular de la indemnización moratoria, sin que resulte aceptable que la actuación de la administración pública fuera atribuible únicamente a ésta, ya que obró en tal sentido porque los acriminados los llevaron a ello, con la finalidad de que la misma accediera a sus pedimentos.

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento de los acriminados referenciados así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por los mismos para perpetrar las conductas que se examinan¹¹⁵, 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 correspondía¹¹⁶.”

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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;

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 casación¹¹⁷- 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 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...¹¹⁸”

Es claro que los procesados utilizaron este contexto en cuanto oportunidad y escenario propicio para perpetrar las conductas que se examinan¹¹⁹. En efecto, se aprecia que se encontraban 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 los acriminados, 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

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.

¹¹⁷ Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

¹¹⁸ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

¹¹⁹ 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.

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 exempleados, 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 pedimentos¹²⁰, de lo cual también dan razón las pruebas aducidas de oficio por este Estrado.

Así, en ese marco de acontecimientos, la realidad brindaba la oportunidad necesaria y requerida para que los acusados referidos, en igual forma que muchos otros extrabajadores, intentaran lo propio; los hechos acreditados permiten demostrar que en ese contexto de desfalco de FONCOLPUERTOS los acriminados presentaron varias reclamaciones judiciales y administrativas, 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, reitera¹²¹:

“... 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

¹²⁰ 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 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.

¹²¹ Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najar Moreno.

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 los procesados mentados, pues con el recuento anterior, se muestra como las demandas y las 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 tiempo de servicio, el conocimiento de sus derechos laborales, los múltiples reclamaciones que develan su interés defraudatorio y peculador, y el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, el Despacho no halla duda alguna respecto del compromiso subjetivo de estos acusados, ni tampoco del dolo con el que actuaron.

Por manera que el Despacho arriba al convencimiento exigido por el ordenamiento jurídico acerca de que los encausados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO desplegaron actividad típica y antijurídica peculadora 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.

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.

6. De la determinación.

Enseguida, el Despacho se referirá al grado de concurrencia personal de los procesados hallados responsables de los comportamientos por los cuales 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 concurran 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 accesoriedad 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”*¹²². También ha sostenido que el *“partícipe es el que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, trátese 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”*¹²³.

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 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

¹²² HERNADEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

¹²³ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

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 determinado¹²⁴.

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 determinación¹²⁵.

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 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 determinador sino verdadero coautor material del injusto típico¹²⁶.*

(...)

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 (...).

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

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, induzca a otro a realizarla, caso en el cual le corresponde la pena prevista para la infracción”.

Descendiendo al caso concreto, y contrario a las manifestaciones de la bancada de la defensa, de acuerdo con las pruebas que obran en la actuación, es claro que NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO son responsables a título de determinadores de los reatos concursales de peculado por apropiación agravado y simple, según corresponda, 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, o la relación interpersonal, negocial, de amistad, o el común acuerdo expreso entre éstos.

Por esta vía, los exportuarios señalados, al otorgar múltiple poderes a profesionales del derecho, con el propósito innegable de apropiarse ilícitamente de dineros públicos, viabilizaron 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, mediante una probada actuación encadenada de sujetos concurrentes.

Por ello, resulta diáfana la resolución en los acriminados referidos de que dichos servidores públicos cometieran una conducta típica y antijurídica para beneficio propio, como lo fue que se reconocieran 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.

Así, los exportuarios acriminados citados otorgaron múltiples poderes a abogados, de los 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.

Y para tal efecto no era necesario que el mismo Director ante quien se presentaron las reclamaciones administrativas, hubiese sido quien 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 los procesados, 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 los Gerentes Generales de FONCOLPUERTOS de manera directa y/o por medio de apoderados en la celebración de las actas de conciliación y los inspectores de trabajo que participaron en las mismas, así como de los Jueces Laborales del Circuito de Barranquilla 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 los encausados con su conducta criminal la comisión de los ilícitos aquí analizados.

Las solicitudes elevadas por los procesados exportuarios a través de los abogados así como la radicación de memoriales, participación en audiencias, y, en general, el impulso de los trámites judiciales y administrativos de dichos togados investidos 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 los acusados, contrario a lo aducido por la bancada de las defensas, fue un medio eficaz e idóneo y en cadena para determinar la perpetración del comportamiento ilícito, y apropiación de los dineros del Estado.

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 los acusados citados, esto es, al señalarlos como agentes en calidad de determinadores.

7. La antijuridicidad.

En lo que atañe a la lesividad del comportamiento delictivo de los imputados, el Juzgado considera que además de típico es antijurídico, como ya se observó, 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”¹²⁷. 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”¹²⁸.

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”¹²⁹.*

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 los acusados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, consistente en otorgar poderes a profesionales del derecho para obtener condenas ilegales, mediante las cuales se alcanzó el reconocimiento de conceptos laborales a través de providencias judiciales, acta de conciliación y/o resoluciones administrativas contraviniendo las normas convencionales y líneas jurisprudenciales, contrarias a derecho, constituyen actos inequívocamente concatenados y 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 concurrieron 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 los acusados citados con sus actividades no sólo contradijeron el ordenamiento jurídico penal, sino que también lesionaron el bien jurídico tutelado, sin que mediara justa causa para ello.

8. La culpabilidad.

El mandato 12 del CP establece: *“Solo 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*

¹²⁷ BERNAL PINZON, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 1

¹²⁸ FRANCISCO JOSE FERRERA, *Delitos contra la Administración Pública*. 3 ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

¹²⁹ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 93-94.

que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”¹³⁰.

Respecto de este elemento requerido para la concreción del punible, el Despacho considera que los señores NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO merecen el correspondiente juicio de reproche, en calidad de imputables, por haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, al serle exigible otra conducta, ya que al ser exservidores de la entidad estatal pudieron actuar conforme al ordenamiento, por ejemplo, absteniéndose de perpetrar dicha actividad, declinando de las ilícitas deprecaciones, empero, en vez de ello, decidieron 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 eran personas que por entonces eran conocedoras de los cánones imperantes y de los asuntos prestacionales y laborales relativos a las reclamaciones y determinaciones aquí examinadas, sin que este acreditada causa de antijuridicidad alguna como lo alega alguno de los defensores.

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 los acriminados.

Por los motivos aquí expuestos, el Juzgado arriba a la plena certeza de que los acusados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO actuaron en calidad de determinadores responsable de las conductas delictivas concursales de peculado por apropiación agravado y simple, según lo establecido, y por ende se hacen acreedores 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.

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 de cada uno de los sentenciados.

Acorde a los cánones 60 y 61 del CP, para individualizar la pena de la conducta punible cometida por los procesados sancionables, 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.

El peculado por apropiación aparece 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, la cual es aplicable también al determinador en virtud del precepto 23 del Decreto Ley

¹³⁰ CORDOBA ANGULO, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

100 de 1980 y 30 del estatuto penal vigente. Empero, en los casos de circunstancia de agravación por cuantía superior a 200 SMLMV dicha sanción se aumentará hasta en la mitad, y en el presente caso los valores corresponden, en lo que atañe a cada acriminado que se halló responsable, a cuantías que supera 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, mientras que respecto de uno de los hechos de ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO ya reseñado, según lo expuesto en precedencia, corresponde a cuantía que no excede dicho límite, y, por tanto, se adecua a la modalidad simple del reato analizado, tal como se anunció en el acápite anterior, de suerte que los extremos punitivos no varían.

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.

Para el peculado simple:

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	ULTIMO CUARTO
72 a 99 meses	99 a 126 meses	126 a 153 meses	153 a 180 meses

Para el peculado agravado:

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, 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, que oscilará entre 72 y 121.5 meses de prisión para los peculados agravados; y entre 72 a 99 meses de prisión para el peculado simple.

Con miras a precisar el monto punitivo dentro de los linderos señalados, el Despacho expondrá adicionalmente las consideraciones pertinentes de acuerdo con los baremos contemplados en el inciso 3° del artículo 61 represor de forma individual respecto de cada sancionable, habida cuenta de que en el transcurrir de esta providencia ya se han hecho puntualizaciones acerca de los mismos, motivo por el cual el Juzgado no reiterará en este momento lo explicitado en el cuerpo del fallo y desde ahora se limitará a remitirse a los argumentos precedentes.

Frente a la gravedad de la conducta se detalla que esta se afina en la seriedad y trascendencia del comportamiento ilícito perpetrado, en razón del cual se determinó el punible de peculado por apropiación que toca un bien jurídico de gran relevancia para el ordenamiento jurídico como la administración pública. La conducta desplegada por parte de los procesados que ameritan punición no sólo implicó una amenaza real y cierta del citado bien jurídico, sino que también se gestó 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 la actuación de los acriminados penables como exservidores públicos, ante las autoridades competentes del Estado que tenían las facultades dispositivas sobre los bienes del mismo para determinarlas a fin de que emitieran decisiones para materializar el punible de peculado por apropiación en las condiciones ya

examinadas, delito atentatorio contra la administración pública de innegable relevancia para el ordenamiento jurídico y la convivencia pacífica del conglomerado, con el cual pusieron igualmente en entredicho la confianza y credibilidad de los asociados en sus autoridades administrativas y judiciales así como en la legalidad de sus decisiones y actuaciones.

Además, los acusados sancionables con su accionar se alejaron 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*”, máxime en el caso de los exfuncionarios públicos, 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 estos procesados 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...”¹³¹.

En cuanto al daño real o potencial creado con el proceder de estos acusados, se detalla que la lesión efectivamente causada con sus conductas menoscabaron el erario en las sumas ya referidas, configurando con ello una vulneración cierta y proporcional a la obtención dineraria ilícitamente lograda, valores que no han sido reintegrados mediante descuento por nómina, salvo algunos casos parciales que más adelante se señalarán, ni tampoco por devolución voluntaria; 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 hicieron perder la confianza que el conglomerado social les debía.

Ahora bien, el no contar con antecedentes judiciales probados al momento en que se cometieron los hechos, muestra que los implicados no han atentado contra el ordenamiento jurídico en otras ocasiones previas.

Y en lo referente a la intensidad de dolo, se advierte que los acusados sabían que los comportamientos que desplegaban constituían conducta punible, y aun así la realizaron; conocían de las implicaciones de determinar a servidores públicos 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 los imputados es alto, dado las múltiples reclamaciones que interpusieron.

¹³¹ Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

Adicionalmente, el Juzgado observa que los comportamientos delictivos objeto de causa si bien es cierto representan gravedad y lesión respecto del bien jurídico tutelado que avino vulnerado, no lo es menos que la entidad e impacto de cada conducta no es idéntica desde el punto de vista de los riesgos, las repercusiones y/o los efectos producidos, motivo por el cual al dosificar individualmente las sanciones frente a cada conducta y sentenciable se tendrán en cuenta estas razones, comoquiera que por el talante y alcance de cada uno de los comportamientos, así como de los otros criterios a estimar, resulta necesario advertir desde ahora que los incrementos que se definan no serán idénticos para todos los acriminados y delitos.

Por estas razones, y ante los principios y fines de la sanción previstos en los cánones 3° y 4° del CP, se discriminarán las penas a imponer a cada procesado, debiendo indicarse desde ahora que la sanción pecuniaria se establecerá individualmente acorde a la suma dineraria nominal no tasada en SMLMV objeto de estudio.

1. NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS.

Halla el Despacho que tanto el riesgo ilegal efectivamente creado y el impacto causado en el bien jurídico tutelado en cuanto puesta en peligro o afectación real y material, como el alto nivel del dolo mostrado por esta acriminada, quien otorgó poderes en 2 ocasiones, demandan definir la pena básica imponible a esta procesada, por efectos del concurso con fundamento en el cano 31 represor y en las consecuencias jurídicas del delito de peculado por apropiación agravado consumado originado en los hechos de mayor cuantía contenidos en el numeral 1 de su respectiva tabla del aparte 3 de “**CONSIDERACIONES**”, a partir de setenta y tres (73) meses de prisión que deberán ser incrementados en cinco por ciento (5%) por el otro peculado agravado consumado en que incurrió.

Así, la pena en definitiva a irrogar será **SETENTA Y SEIS (76) MESES Y DIECINUEVE (19) DÍAS PRISIÓN** a título de determinadora responsable de la conducta punible concursal de peculado por apropiación agravado consumado, **guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

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 jurisprudencia¹³².

¹³² 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.

Ahora bien, en torno de los hechos relativos a los reatos de peculado por apropiación agravado consumados cometidos por NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, se tiene acreditado que los valores de lo apropiado son los siguientes: \$87.892.063,94 más \$41.200.000.

Por consiguiente, esta acriminada deberá pagar por **concepto de MULTA** la cifra equivalente a **\$129.092.063,94** la cual respeta el límite de 50.000 SMLMV.

2. JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA.

Respecto de este exportuario, detalla el Juzgado que la pena imponible debe fijarse en **SETENTA Y CINCO (75) MESES DE PRISIÓN** a título de determinador responsable de la conducta punible de peculado por apropiación agravado consumado, **algoritmo al que se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

Ahora bien, dado que el valor nominal de lo apropiado corresponde, por las razones previamente expresadas, a **\$74.000.000**, este Estrado impone a este acriminado la obligación de pagar dicho monto una vez en firme esta decisión como **PENA DE MULTA**, cifra dineraria que respeta según lo ya expresado el límite máximo de 50.000 SMLMV.

3. ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO.

En lo que tiene que ver con esta exportuaria, se estima que la pena básica por efectos del concurso con base en el reato de peculado por apropiación agravado consumado originado en los hechos de mayor cuantía contenidos en el numeral 2 de la respectiva tabla, visto lo normado en el canon 31 represor, ha de partir de setenta y siete (77) meses de prisión que deberán ser incrementados en dos punto cinco por ciento (2.5%) por el otro peculado simple consumado en que incurrió.

Por ende, la pena en definitiva a irrogar será **SETENTA Y OCHO (78) MESES Y VEINTISIETE (27) DÍAS DE PRISIÓN** a título de determinadora responsable de la conducta punible concursal de peculados por apropiación agravado y simple consumados, **guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

Dado que el valor nominal de lo apropiado corresponde, por las razones previamente expresadas, a \$43.495.221,17 más \$358.035.496,72, este Estrado impone a esta acriminada la obligación de pagar el total de **\$401.530.717,89** una vez en firme esta decisión como **PENA DE MULTA**, cifra dineraria que respeta según lo ya expresado el límite máximo de 50.000 SMLMV.

4. SEÑALAMIENTO COMÚN PARA EL PAGO DE LAS MULTAS

Todas las multas **deberán ser canceladas 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.

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

La Ley 1709 del 20 de enero de 2014 modifica, 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 Penal¹³³, 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:

“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

¹³³ 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.

pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer a los procesados sancionables rebasa con creces tales linderos objetivos, motivo por el cual no se concederá el subrogado penal bajo examen, de forma que **todos los acriminados penables** deberán 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 domiciliaria¹³⁴, 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 2º 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 es el de peculado por apropiación agravado por la cuantía, que tiene prevista pena de prisión mínima de 6 años, por lo que frente al primer requisito este preceptiva parecería en principio 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.

No empecé, para agotar el orden lógico de las normas, no ofrece duda desde otra óptica que el inciso 3º del actual canon 68 A del CP¹³⁵, 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 2º, 3º, 4º y 5º 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 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 906 de 2004.

Ahora se detalla que, en el asunto de la especie varios defensores de los acriminados invocaron algunas de las hipótesis del precepto 314 de la Ley 906 de 2004, por lo que

¹³⁴ 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”.

¹³⁵ “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”.

el Despacho acometerá el escrutinio pertinente respecto de estos y de los demás acriminados.

En este caso, de conformidad con lo acreditado en el plenario, el Juzgado encuentra que los acriminados no cumplen 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.

De otra parte, además, en los alegatos presentenciales de la bancada de la defensa se solicitó la prisión domiciliaria en razón de padecimientos de salud; no obstante, no se encuentra acreditado el grave estado de salud, ni tampoco que deban cumplir algún tratamiento intrahospitalario. Entonces según lo indicado, no se satisface la normativa previamente señalada.

No empece, los acusados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO satisfacen 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 2008¹³⁶,

¹³⁶ 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 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”.

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 NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS tiene actualmente 67 años; JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA, 78 años; y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, 81 años. Por ello, deben ser considerados según los lineamientos anteriores como personas de la tercera edad, sujetos de protección constitucional especial, y mayores 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 los procesados se hubieren o se hallen involucrados 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 los encausados poseen arraigo familiar y social, no se acreditó al menos que hubieren sido sometidos a sanciones disciplinarias por desatención a las obligaciones que aparejaban sus relaciones laborales con el Estado, y que cuando fueron citado por las autoridades penales acudieron al llamado.

La anterior situación enseña que estos acusados tienen 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 los procesados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, quienes tienen 67, 78 y 81 años, respectivamente. De forma que, por ejemplo, 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 – BEPS¹³⁷, su

¹³⁷ 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

esperanza de vida es tan sólo del 19.8%, 9.4% y 10%, en su orden, por ende, se entiende que según el pronóstico estadístico le restaría 13 años, 3 meses y 5 días respecto de NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS; 7 años, 3 meses y 29 días frente a JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA; y, 8 años, 1 mes y 6 días acerca de ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO.

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 los mismos en institución penitenciaria, habida cuenta de los castigos aquí irrogados en el respectivo acápite, de suerte que en la práctica si hubieren de cumplir la sanción de forma intramural, la expectativa de vida que les queda les 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 estos acusados.

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 estos acriminados sancionables puedan vivir, ni mucho menos que se refieran a lo que materialmente alcancen 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 NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO.

En esta medida, **se concederá a los procesados NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO el mecanismo sustitutivo de prisión intramural por domiciliaria** que habrán 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 individual 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.

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 indemnicen 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 concreto, observa el Despacho que algunas de las sentencias y mandamientos de pago proferidos por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla señaladas **en las tablas contenidas en los apartados 1 y 3 de “VII. CONSIDERACIONES”** (ver folios 11-12 y 17-21 de este fallo), fueron revocadas por las decisiones de consulta de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, así como las resoluciones 2067 de 20 de mayo de 1998, 1083 de 7 de mayo de 1998, 2070 de 20 de mayo de 1998, 1768 de 16 agosto de 1996, 1038 del 30 de mayo de 1996, 2617 de 31 de julio de 1998, 593 de 15 de mayo de 1997 y 1228 de 3 de septiembre de 1997 fueron dejadas sin efectos jurídicos y económicos, como se indicó en las respectivas tablas.

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.

2. De otra parte, se observa que el acta de conciliación 29 de 3 de junio de 1998 y las resoluciones 2226 de 12 de junio de 1998 y 2823 de 31 de diciembre de 1996 (en lo que se refieren a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS), la resolución 0039 de 22 de enero de 1997 (en lo que concierne a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO), así como el acta 51 de 30 de abril de 1998 y las resoluciones 1430 de 7 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998 (en lo que concierne a RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA - fallecido), que se encuentran en las tablas detalladas en los apartados 1 y 3 de las **“CONSIDERACIONES”** del presente fallo, aquí investigadas y constitutivas de los punibles concursales de peculado por apropiación que generaban consecuencias jurídicas ilícitas, incluidas las que fueron objeto de declaratoria de prescripción de la acción penal, continúan surtiendo efectos jurídicos, máxime cuando se detalla que no se halla acreditado que mediante decisión administrativa o de carácter judicial hubieren sido suspendidos sus efectos o se hayan revocado tales actuaciones.

Conforme a tal información y al no encontrar constancia de que dichas acta de conciliación y resoluciones señaladas hayan perdido su fuerza por alguna actuación administrativa o judicial, el Despacho procederá a adoptar las medidas de que trata el canon 21 instrumental para que cesen definitivamente los efectos creados por la comisión de la conducta, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la misma y así se frene la afectación reiterada al patrimonio estatal, con las precisiones y limitaciones acabadas de referir.

3. Ahora bien, por los motivos referidos, es menester advertir que respecto del mandamientos de pago del 18 de marzo de 1998 que proferido por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Barranquilla que ordenó pagar el acta 1939 de 7 de diciembre de 1993, contenido en la precitada **tabla del acápite 3 de “VII. CONSIDERACIONES”** (ver folio 20 de este fallo), no se encuentra prueba de su revocatoria, nulidad o de que las sentencias hubieren sido sometidas al grado jurisdiccional de consulta. No obstante, ante la claridad acerca de la ilicitud contenida y materializada en esos fallos, dado adicionalmente el paso del tiempo desde dicha época, este Estrado dispondrá

que las autoridades administrativas competentes de la Nación se abstengan en lo venidero, una vez en firme esta decisión, de efectuar pago alguno o de tener en cuenta dicha providencia frente a reclamaciones que se lleven a cabo con base en las mismas siempre que se mantenga el grado de incertidumbre de que las respectivas sentencias de primer nivel no hubieren sido objeto de consulta, revocatoria o nulidad.

4. Por otro lado, respecto de las actuaciones que atañen a las actuaciones respecto de las cuales se declaró la prescripción de la acción penal contenidas en **la tabla del aparte 1 de “VII. CONSIDERACIONES”** en el numeral 3 relativo a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS (ver folio 11 de este fallo), y el numeral 1 frente a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO (ver folio 12 de este fallo), se aprecia que se está ante comportamientos que no son objetivamente típicos y antijurídicos peculadores, toda vez que se adecuan a conductas que carecen de sustento probatorio suficiente en torno de su ilegalidad y respecto de las cuales impera la duda insalvable.

En esa medida, de cara a la necesidad de analizar lo pertinente al restablecimiento del derecho, se observa que no es posible examinar la materialidad típica y antijurídica de la conducta, toda vez que el ente acusador al momento de sustentar el cargo relativo a dicha causa sólo relacionó las actuaciones mencionadas, sin explicitar cuáles son los elementos concretos de la ilicitud que al parecer envuelve esas actuaciones.

Así, se tiene que las reliquidaciones contenidas en el numeral 1 frente a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO se encuentran cobijadas por el amparo de la garantía de la doble instancia, siendo que el H. Tribunal Superior de Barranquilla mediante la sentencia relacionada confirmó la condena del *a quo*, y la modificó en cuanto al monto ordenado pagar, ratificando las reliquidaciones y pagos de salarios moratorios, por lo que para desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de decisiones que cuentan con la confirmación del superior funcional se requiere una sólida argumentación demostrada más allá de la mera enunciación de que se reconocieron conceptos ilegales.

Olvida el órgano persecutor que en eventos como el expuesto opera la doble presunción de acierto y de legalidad que protege a las sentencias judiciales, junto al fenómeno de la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica que impiden, en primer lugar, desconocer lo resuelto por dichas autoridades judiciales con agotamiento de la doble instancia, y, en segundo término, aducir que tales pronunciamientos de la judicatura, que conforman un solo cuerpo decisorio en razón del principio de inescindibilidad, entrañan ilicitudes, toda vez que están protegidos por la referida doble presunción de corrección decisiva y sujeción al ordenamiento normativo, por la cosa juzgada en virtud de la cual debe tenerse por verdad lo allí manifestado y resuelto (*res judicata pro veritate habetur*), y por la seguridad jurídica según la cual lo allí indicado es inamovible, de modo que apareja un singular exabrupto de parte de la Fiscalía intentar generar suspicacias sobre este tema sin un ejercicio mayor a señalar que todos los reconocimientos obtenidos por el acusado en las citadas resoluciones administrativas no son adecuados a derecho, sumado a que en modo alguno se advierte que tales determinaciones judiciales hubieren sido revocadas, quebradas o anuladas en sede de casación o revisión.

De otra parte, frente a la conducta contenida en el numeral 3 en lo relativo a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, no se aprecia la ilegalidad achacada, más aun cuando el respectivo Juzgado absolvió a FONCOLPUERTOS y el H. Tribunal Superior de Bogotá confirmó dicha absolución.

Entonces, en el presente caso, por las razones antes mencionadas derivadas de las serias falencias en que incurrió la entidad acusadora, no se puede predicar jurídicamente que la apropiación de dineros provenientes del erario materia de examen tenga el carácter ilícito y los alcances que comporta el tipo delictivo de

peculado por apropiación, ya que los motivos del reproche por parte de la misma además de mostrarse insuperablemente deficientes, carecen de fundamento en el ordenamiento jurídico en los términos de la acusación pábulo de este juicio, por lo que al no hallar la plenitud de elementos, no se puede adoptar alguna determinación al respecto.

Así las cosas, no puede este Estrado efectuar el juicio de tipicidad y de antijuridicidad de estos últimos comportamientos señalados, en lo que concierne a la obtención y efectos desprendidos de las actuaciones señaladas, comoquiera que la Fiscalía además de no explicitar de manera concreta y discriminada cuáles fueron las supuestas irregularidades o las condiciones por las que esas decisiones contrariaron el ordenamiento jurídico, no se puede predicar jurídicamente que la apropiación de dineros provenientes del erario materia de examen tenga el carácter ilícito y los alcances que comporta el tipo delictivo de peculado por apropiación.

Por ende, el Despacho se abstendrá de adoptar las medidas de restablecimiento de derecho en lo que a estas últimas actuaciones concierne.

No empece, en el evento de que la UGPP o la entidad o autoridad que hiciere sus veces estime procedente examinar la licitud de tales actuaciones, adelantará el trámite pertinente acorde a la Ley, por ejemplo, el canon 19 de la Ley 797 de 2003.

5. En esta medida, como conclusión de lo expuesto en este acápite, se dispondrá a dejar definitivamente sin efectos jurídicos y económicos el acta de conciliación 29 de 3 de junio de 1998 y las resoluciones 2226 de 12 de junio de 1998 y 2823 de 31 de diciembre de 1996 (en lo que se refieren a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS), la resolución 0039 de 22 de enero de 1997 (en lo que concierne a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO), así como el acta 51 de 30 de abril de 1998 y las resoluciones 1430 de 7 de mayo de 1998 y 2070 de 20 de mayo de 1998 (en lo que concierne a RAFAEL SEGUNDO MOVILLA MENDOZA - fallecido), relacionadas en precedencia, con las limitaciones señaladas, materializadas por la concurrencia de los acriminados referidos, toda vez que se detectó la configuración de un comportamiento típico y antijurídico.

Se decretará **comunicar estas situaciones a dichas autoridades judiciales y a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)**, para que en los siguientes quince (15) días contados a partir de la firmeza de esta sentencia y de su correspondiente comunicación, procedan de conformidad, cesen los efectos creados por las conductas punibles y las cosas vuelvan al estado anterior, esto en cuanto que no hubieren sido objeto de pronunciamiento similar al presente o de invalidación por otra autoridad competente.

Finalmente, se ordena adicionar a las comunicaciones respectivas dirigidas a las referidas entidades copia de la presente decisión; e informar lo propio a los mismos una vez en firme esta providencia.

XII. DAÑOS, PERJUICIOS Y AGENCIAS EN DERECHO

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 civil¹³⁸, UGPP, corresponden a los perjuicios materiales, y en concreto al daño

¹³⁸ Folio 12-13, C.O. de la Parte Civil.

emergente¹³⁹, que de conformidad con el artículo 97 *ibídem* deberán probarse en el proceso.

En la demanda de constitución de parte civil, ésta impetró: “...*perjuicios de orden material los que cuantificó en la suma superior a... (\$200.000.000)...*”¹⁴⁰.

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 que NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, producto de su conducta en las dos (2) actuaciones consumadas, participó en la apropiación de 245,5 SMLMV y 202,13 SMLMV, para el total de 447,63 SMLMV.

También se acreditó que JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA, quien se halló responsable en una conducta peculadora consumada, participó en la apropiación del total de 363,05 SMLMV.

Y se tiene que ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO, encontrada responsable en dos (2) grupos de conductas consumadas, participó en la apropiación de 131 SMLMV y 720,53 SMLMV, que arrojan un total de 851,53 SMLMV.

Ahora bien, vale señalar que vista la orden dada por la referida resolución 000408 de 3 de mayo de 2004¹⁴¹ en torno del descuento en cuotas de la mesada pensional de la exportuaria NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS por la suma total de \$87.892.063,94 (**245,5 SMLMV de 2004**); además, de lo señalado por la 000176 de 23 de febrero de 2004¹⁴² frente a dicho descuento del extrabajador JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA por el total de \$74.000.000 (**363,05 SMLMV de 1998**); así como lo indicado por la resolución 002639 de 18 de noviembre de 2003¹⁴³ acerca del descuento de la exportuaria ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO por el total de \$43.495.221,17 (**131 SMLMV de 2003**); estima el Estrado que dichos descuentos fueron **realizados y pagados en su totalidad** hasta completar ese monto como lo certifica la misma UGPP¹⁴⁴, por lo que no media hesitación que los perjuicios derivados de las referidas conductas punibles se encuentran resarcidos, y, así, en aras de no llevar a cabo un doble cobro o doble percepción del mismo monto, y no violar el principio *non bis in idem* con una eventual condena en perjuicios dados los descuentos directos por nómina adoptados por esa entidad por el mismo monto, se **absolverá** civil y exclusivamente a la acriminada NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS del pago de perjuicios por el total de **245,5 SMLMV**, en tanto que a la exportuaria ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO se le **absolverá** civilmente por la totalidad de los **131 SMLMV**. Igualmente se **absolverá** a JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA del pago de perjuicios por su actuación por el total de **363,05 SMLMV**, monto que corresponde a la totalidad de sus conductas.

¹³⁹ 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*”.

¹⁴⁰ Folio 32, C.O. de Parte Civil

¹⁴¹ Folios 1 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹⁴² Folio 72 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹⁴³ Folios 85 y ss, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹⁴⁴ Folio 121-122, C.O. 1 de juzgamiento.

Por estas razones se condenará a NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS a pagar los perjuicios ocasionados en la suma total de **202,13 SMLMV del momento en que efectué materialmente su cancelación**; y, a ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO en **720,53 SMLMV del momento en que efectué materialmente su cancelación**; montos que por justicia se mantiene en estas unidades de medida, dado que corresponde al monto erogado indebidamente por el Estado por entonces a favor de terceros.

Estos civilmente condenados deberán 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 cada uno de los acriminados civilmente condenados en el valor nominal que corresponde a SMLMV del momento en que efectúen 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, 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 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.

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 delito¹⁴⁵.

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 de los acriminados con miras a no violar el principio *non bis in idem* de cara a la posibilidad de ejecutar la condena en perjuicios aquí decretada y/o ejercer descuentos directos por nómina eventualmente adoptados o dispuestos por esa entidad, de modo que no lleve a cabo un doble cobro o doble percepción del mismo monto, siendo posible que se hayan emitido ordenes de reintegro y se haya efectuado los pagos correspondientes, razón por la cual se establece que en tal caso la UGPP no podrá realizar el cobro de lo efectivamente cancelado para reintegrar lo erogado por los hechos aquí investigados.

En lo que atañe a la condena en costas, expensas y agencias en derecho, se precisa que aunque el representante de la parte civil no efectuó solicitud expresa en ese sentido y, corolario a ello, no obra en el infoliado estimación precisa del monto de los gastos irrogados con ocasión del presente trámite, el Juzgado encuentra necesario expresar las siguientes consideraciones de cara a la facultad legal

¹⁴⁵ 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.

oficiosa que le asiste para pronunciarse y tasar únicamente algunos de estos tópicos acorde a lo que ahora se manifestará.

En reciente pronunciamiento dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá el pasado 06 de mayo de 2022, dentro del radicado 11001310401620130002201, siendo ponente la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, en lo que concierne a la potestad judicial de ordenar el pago de las costas procesales adujo que “... *Dicho cargo consiste en las erogaciones económicas que debe asumir quien resulta vencido en el juicio, cuya noción comprende las **expensas** sufragadas por la contraparte para adelantar el trámite -tales como gastos de notificación, peritos, copias, pólizas, etcétera- y las **agencias en derecho** -que conciernen al reintegro de los honorarios que pagó el sujeto ganador al abogado para agenciar sus intereses-*”.

Esa H. Corporación analizó los alcances de los artículos 56 ritual penal, el 365 del CGP, especialmente el numeral 8, junto a su precepto 366, enfatizando sus numerales 3 y 4, y un aparte de la sentencia de unificación fechada el 6 de agosto de 2019, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU, y concluyó que “*las **expensas** deben probarse en la actuación, mientras que las **agencias en derecho** se entienden producidas siempre que hay intervención judicial vencedora, por la llana razón de que obrar como parte en un litigio exige dedicación y tiempo -ya sea mediante apoderado o en causa propia-; factores que han de ser compensados por el decisor*”.

Ahora, de regreso al presente asunto se advierte la necesidad de pregonar el mismo aserto que en aquella oportunidad adujo el Tribunal en cita cuando manifestó “*En el sub judice, no se avizora ninguna actividad tendiente a demostrar la causación y quantum de las expensas, de donde se sigue su falta de comprobación*”, de modo que **este Estrado no impondrá a los acusados en este caso cancelar expensas.**

No empecé lo anterior, y ahora de cara al punto de las agencias en derecho, siguiendo los lineamientos de la decisión que se invoca, se memora que la mencionada H. Colegiatura precisó con apoyo en los Acuerdos pertinentes emanados del H. Consejo Superior de la Judicatura, la perentoriedad de disponer su pago “... *habida consideración de que estas indefectiblemente se tasan en favor de la parte triunfante, a fin de compensar su esfuerzo y dedicación en el proceso; labor que por mandato del art. 366 del C.G.P. está en cabeza del **juzgado que haya conocido del proceso en primera instancia**, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las reglas establecidas en el mentado canon*”.

En este orden, el Juzgado debe recordar que el canon 56 litúrgico y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, son claros al establecer que conceptos propios de la figura que se examina han de 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 al aquí penal y civilmente sancionable 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 hiciere sus veces, **las agencias en derecho** en que la parte ofendida hubiere incurrido para gestionar en este asunto sus intereses, 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 transcrita.

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 efectué mediante comisión a quienes no tienen domicilio en esta ciudad y no pueden comparecer directamente a este Despacho, 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 **cinco (5) 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 del procesado **JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA**, conforme a los motivos que preceden.

SEGUNDO: DECLARAR oficiosamente la prescripción parcial de la acción penal y, en consecuencia, **CESAR EL PROCEDIMIENTO** en favor de los encausados **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO**, únicamente respecto de las conductas señaladas en las tablas contenidas en el aparte 1.3 del acápite “VII. *CONSIDERACIONES*” entre los folios 10 a 15 del presente fallo, acorde a lo expresado en precedencia.

TERCERO: CONDENAR a la señora **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS**, de condiciones civiles y personales establecidas en el proceso, a título de **determinadora responsable** de los **DELITOS CONCURSALES DE PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO**, a la pena principal de **SETENTA Y SEIS (76) MESES Y DIECINUEVE (19) DÍAS PRISIÓN; MULTA IGUAL A \$129.092.063,94;** e **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

CUARTO: CONDENAR al señor **JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA**, de condiciones civiles y personales establecidas en el proceso, a título de **determinador responsable** del **DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO**, a la pena principal de **SETENTA Y CINCO (75) MESES DE PRISIÓN; MULTA IGUAL A \$74.000.000;** e **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

QUINTO: CONDENAR a la señora **ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO**, de condiciones civiles y personales establecidas en el proceso, a título de **determinadora responsable** de los **DELITOS CONCURSALES DE PECULADO**

POR APROPIACIÓN AGRAVADO Y SIMPLE, a la pena principal de **SETENTA Y OCHO (78) MESES Y VEINTISIETE (27) DÍAS DE PRISIÓN**; **MULTA IGUAL A \$401.530.717,89**; e **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL**.

SEXTO: ORDENAR a **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO** 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.

SÉPTIMO: NO CONCEDER a ninguno de los procesados 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; y **OTORGAR** a **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO** el **MECANISMO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA**, el cual deberá ser garantizado por cada uno de éstos de acuerdo con lo establecido en el acápite respectivo; todo lo anterior una vez en firme este fallo.

OCTAVO: 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 otra decisión tocante a este punto en lo restante.

NOVENO: CONDENAR a **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO** 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 han sido aquí condenados, según los montos, las solidaridades, la autonomía, las condiciones y el plazo indicados con antelación; y **ABSOLVER CIVILMENTE** a **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO** de pagar los montos precisados en el acápite pertinente.

DÉCIMO: CONDENAR a los procesados **NURY ESPERANZA MONTANO LEMUS, JOSÉ VICENTE CASTRO VILLA y ESTHER EDITH RUDAS DE ARCO** a cancelar **únicamente agencias en derecho** en favor de la parte civil, aquí representada por la UGPP, o quien hiciere sus veces, acorde a lo arriba expresado y a la respectiva liquidación que se efectuará en el momento también allá indicado.

DÉCIMO PRIMERO: 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 SEGUNDO: 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 TERCERO: 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