

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

CAUSA: 2017-00010
SINDICADO: DIEGO SUÁREZ ESCOBAR
DELITOS: PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO
SUMARIO: 2540
SENTENCIA: ABSOLUTORIA

Sentencia No. 010

Bogotá D. C. 27 de septiembre de 2023.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra de DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, por el delito de peculado por apropiación agravado, a título de determinador, 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.

DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, como vicepresidente comercial de FIDUPACÍFICO, estructuró y suscribió, entre el 18 y 19 de diciembre de 1998, 8 contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, recaudo y pagos constituidos por 170 extrabajadores de COLPUERTOS beneficiarios de mandamientos de pago emitidos por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, que reconocen actas de conciliación datadas en diciembre de 1993.

El 28 de diciembre de 1998, se realizaron múltiples operaciones de enajenación de los derechos fiduciarios contenidos en los 8 fideicomisos referidos, derechos finalmente adquiridos por BANCALI, la cual erogó \$13.052.230.859; no obstante, los mandamientos de pago que sustentaban los contratos de fiducia no fueron finalmente cancelados por FONCOLPUERTOS debido a la supuesta espuridad de las actas de conciliación que los sustentaban.

III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO.

DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, identificado con cedula de ciudadanía N° 16.680.170 expedida en Cali (Valle del Cauca), nacido en dicha localidad el 12 de noviembre de 1962, con 60 años; soltero, con dos hijos. Abogado de profesión con estudios de posgrado en legislación financiera. Fue profesor universitario en la cátedra de

contratos y obligaciones civiles, y se desempeñó como vicepresidente comercial de FIDUPACÍFICO.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

El 27 de febrero de 2008¹ se decretó abrir indagación previa y practicar las pruebas pertinentes.

La apertura formal de la instrucción se realizó el 29 de junio de 2010², cuando se dispuso vincular a varias personas y aducir los medios cognitivos correspondientes.

El 14 de septiembre de 2010³, el acriminado DIEGO SUÁREZ ESCOBAR rindió indagatoria.

Con proveído del 27 de mayo de 2015⁴, se dispuso cerrar la instrucción y se ordenó correr el traslado respectivo a los sujetos procesales.

Por medio de resolución de 30 de septiembre de 2016⁵, el ente persecutor calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra de DIEGO SUÁREZ ESCOBAR a título de determinador del delito de peculado por apropiación agravado en cuantía de \$13.050.230.859. Además, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva, y se declaró la prescripción, y la consecuente preclusión de la instrucción, por el delito de prevaricato por acción.

El **31 de enero de 2017**⁶, la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó integralmente en alzada el citado llamamiento a juicio dictado contra el acriminado; oportunidad en la que **quedó en firme la acusación**.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado; se corrió el traslado del artículo 400 ritual y se celebró la audiencia preparatoria el 23 de junio de 2017⁷, cuando se negó solicitud de nulidad y se decretaron algunas pruebas, empero, debido a una pérdida del material fílmico en torno del final de la vista, luego de múltiples aplazamientos, se decidió rehacer la conclusión de la audiencia el 21 de marzo de 2018⁸.

En desarrollo de la vista pública, versionó bajo interrogatorio DIEGO SUÁREZ ESCOBAR el 19 de abril de 2018⁹.

Mediante auto interlocutorio 001 de 19 de febrero de 2019¹⁰, se denegó la solicitud incoada por la defensa de revocar la resolución de 27 de enero de 2010, mediante la cual el ente persecutor admitió la demanda invocada por la UGPP para constituirse en parte civil, decisión negativa confirmada horizontalmente el 22 de marzo de 2019¹¹, y en alzada el 23 de mayo de 2019¹² por parte del H. Tribunal Superior de Bogotá.

¹ Folios 27 y ss, C.O. 1 del sumario.

² Folios 196 y ss, C.O. 1 del sumario.

³ Folio 213 y ss, C.O. 1 del sumario.

⁴ Folio 150, C.O. 2 del sumario.

⁵ Folios 194 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁶ Folios 7 y ss, cuaderno segunda instancia – confirma acusación.

⁷ Folios 25 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

⁸ Folio 75, C.O. 2 de juzgamiento

⁹ Folios 88 y ss, C.O. 2 de juzgamiento.

¹⁰ Folio 143, C.O. 8 de juzgamiento.

¹¹ Folios 171, C.O. 8 de juzgamiento.

¹² Folio 22 y ss, C.O. 89 de juzgamiento (segunda instancia Tribunal Superior de Bogotá).

La audiencia pública finalizó con las sesiones del 9 de diciembre¹³ y 18 de diciembre¹⁴ de 2019, cuando se escucharon los alegatos conclusivos de los sujetos procesales.

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

V. LA ACUSACIÓN

1. Primera instancia.

Como se dijo, con proveído de 30 de septiembre de 2016, la Fiscalía 37 Delegada perteneciente al Grupo de Fiscales para investigar los fraudes contra el sistema pensional del país de la Dirección de Fiscalías Nacional especializada contra la corrupción, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación en contra de DIEGO SUÁREZ ESCOBAR a título de determinador del delito de peculado por apropiación agravado, entre otras determinaciones ya reseñadas.

El ente acusador estimó que dicho togado, como vicepresidente comercial y jurídico de FIDUPACÍFICO, intervino en la gestión, intermediación y estructuración de manera irregular de 8 contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, recaudo y pago constituidos por 168 extrabajadores de COLPUERTOS beneficiarios de mandamientos de pago que reconocen conceptos laborales sin sustento jurídico y factico en contra del Estado, y, en consecuencia, consiguió que BANCALI adquiriera dichos derechos fiduciarios el 28 de diciembre de 1998, a raíz de oferta realizada por CORFIPACÍFICO (Corporación Financiera del Pacífico), mandamientos de pago que no fueron finalmente cancelados por FONCOLPUERTOS al demostrarse la espuridad de las actuaciones, lo que generó un menoscabo del patrimonio del municipio de Cali por un valor de \$13.052.230.859.

Adujo que BANCALI, siendo gerente DAVID TOLEDO ESQUENAZI, recibió oferta de CORFIPACÍFICO, con ÁLVARO JOSÉ LLOREDA como presidente y CARLOS ALBERTO CORREA CADAVID como vicepresidente, para adquirir los derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo constituido en FIDUPACÍFICO, dirigida por JORGE ALBERTO LLOREDA, negocio que generó un detrimento patrimonial para BANCALI por los que fueron responsabilizados penalmente en sentencia del Juzgado 2 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá por el delito de estafa agravada y, según sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia en el caso del gerente de BANCALI, de peculado por apropiación agravado.

¹³ Folios 24 y ss, C.O. 88 de juzgamiento.

¹⁴ Folios 36 y ss, C.O. 88 de juzgamiento.

Además, sostuvo que DIEGO SUÁREZ ESCOBAR ideó el negocio fiduciario e intermedió entre HUBANERGEN CORTES ARISTIZABAL y MELBA TELLO, representantes de los exportuarios y abogados beneficiarios de mandamientos de pago, y FIDUPACÍFICO, para constituir contratos de fiducia que pretendían administrar la gestión de cobro ante FONCOLPUERTOS, gestionar préstamos a nombre del trabajador y servir como garantía y fuente de pago de los créditos concedidos, lo que permitió que el grupo económico del que hacía parte se beneficiara y controlara los atractivos mandamientos de pago.

Finalmente, dijo que la responsabilidad a título de dolo del acusado está acreditada por cuanto era concedor de las referidas ilegalidades; y, aun así, voluntariamente decidió actuar, motivo por el cual deberá responder por el reato de peculado por apropiación agravado.

2. Segunda instancia.

En alzada, el 31 de enero de 2017, la Fiscalía 1 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la providencia de llamamiento a juicio de primer grado.

Indicó que poco o nada importa para la investigación si los mandamientos de pago emitidos por los Jueces Laborales que sirvieron de soporte de los contratos de fiducia fueron o no pagados o si el acriminado indujo o no a los exportuarios, abogados o jueces a la emisión de las providencias judiciales, toda vez que el Fondo Financiero Especializado del Municipio de Santiago de Cali denominado BANCALI, como entidad estatal adscrita a la Alcaldía de Cali, fue la que giró y perdió la suma de \$13.052.230.859, generándose una apropiación ilícita determinada por SUÁREZ ESCOBAR, al lograr que el gerente de BANCALI aceptará participar en la negociación ilícita, más aun cuando era un hecho notorio los hechos de corrupción que envolvían los mandamientos de pago librados en contra de FONCOLPUERTOS.

Además, sostuvo que no es de recibo el argumento defensivo según el cual SUÁREZ ESCOBAR no conocía lo que ocurría al interior de FONCOLPUERTOS, ya que, tal como lo precisó la H. Corte Suprema de Justicia en la decisión de casación contra el gerente de BANCALI, DAVID TOLEDO ESQUENAZI, dos años antes de la ocurrencia de los hechos, los medios de comunicación habían reseñado las profusas noticias respecto de la defraudación, sumado a que el 21 de diciembre de 1998, esto es, una semana antes de la transacción, los altos directivos de FIDUPACÍFICO y CORFIPACÍFICO recibieron comunicación de FONCOLPUERTOS, en la que les informaban sobre las posibles irregularidades detectadas en los mandamientos de pago, y en la que les advertían que en caso de ser así, no pagarían los mandamientos de pago soportes de los contratos de fiducia.

También aseveró que SUÁREZ ESCOBAR y DAVID TOLEDO ESQUENAZI actuaron mancomunadamente para adelantar la negociación ilícita y tratar de dotarla de visos de legalidad, SUÁREZ ESCOBAR, por su parte, al examinar desde septiembre de 1998 los distintos pronunciamientos judiciales en los respectivos Despachos, y TOLEDO ESQUENAZI, al contratar a una firma externa de abogados para que emitiera concepto, el cual se basó en los certificados que poseía el acriminado SUÁREZ ESCOBAR.

Finalmente descartó la prescripción de la acción penal al acaecer el comportamiento en diciembre de 1998.

VI. ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

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

1. La Fiscalía.

El ente persecutor deprecó fallo condenatorio en contra del procesado.

Adujo que entre el 18 y 19 de diciembre de 1998 el vicepresidente de FIDUPACÍFICO, DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, suscribió con exportuarios de COLPUERTOS, 8 contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, recaudo y pagos, compuestos de mandamientos de pago junto con actas de conciliación, los cuales fueron trasferidos a título de compra venta el 28 de diciembre de 1998, cuando DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, en representación de FIDUPACÍFICO, le ofreció a PROACERO la cesión de los derechos fiduciarios, los cuales posteriormente fueron trasferidos a PACÍFICO CFC, y luego a CORFIPACÍFICO S.A., trasferencias todas realizadas por sumas mayores a las anteriores, para finalmente realizarse oferta, aceptada por BANCALI, Fondo Público adscrito a la ciudad de Cali, por valor de \$13.052.230.859.

Sostuvo que DIEGO SUÁREZ ESCOBAR sirvió de enlace entre los grupos de trabajadores y abogados que los representaron, y FIDUPACÍFICO, llevando la propuesta contractual a los directivos de dicha empresa, quienes se interesaron y autorizaron que hiciese las verificaciones sobre la existencia de los procesos judiciales.

Indicó que el procesado sabía del contexto que rodeaba las acreencias laborales contenidas en los contratos de fiducia, esto es, que se trataban de obligaciones inexistentes, ya atendidas por la empresa o basadas en actas de conciliación falsas, más aun cuando él verificó los documentos en los Despachos judiciales y contaba con la experiencia académica y profesional que le permitía conocer dichas ilegalidades y que el objeto del contrato no era legal al versar sobre derechos laborales.

Además aseveró que, según la declaración de ANGÉLICA TERESA VARGAS TÉLLEZ, representante de la parte civil en el proceso judicial que originó la compulsión de copias, SUÁREZ ESCOBAR fue intermediario entre HUBANERGEN CORTES y MELBA TELLO, y FIDUPACÍFICO para estructurar los contratos de fiducia.

Igualmente, dijo que SUÁREZ ESCOBAR se reunió con los abogados externos de BANCALI; que como vicepresidente de FIDUPACÍFICO fue pieza fundamental en las operaciones y logró que DAVID TOLEDO ESQUENAZI participara en la negociación multimillonaria; y, que es hecho notorio la corrupción en FONCOLPUERTOS.

Concluyó pidiendo la extracción del tráfico jurídico de los contratos de fiducia.

2. La Parte Civil.

El apoderado de la UGPP imploró sentencia condenatoria en contra del aquí acriminado.

Indicó que el procesado fue el gestor y quien estructuró el negocio de fiducia mercantil y realizó todos los actos tendientes a obtener las fiducias sustentadas en mandamientos de pago y actas de conciliación de beneficiarios de FONCOLPUERTOS, sumado a que sirvió de intermediario entre los extrabajadores y abogados beneficiarios de las actuaciones judiciales, representados por HUBANERGEN CORTES y MELBA TELLO, y FIDUPACÍFICO, como lo afirmó la exdelegada de la UGPP, ANGÉLICA TERESA VARGAS TÉLLEZ.

También, dijo que era sabida la corrupción en FONCOLPUERTOS y que los mandamientos de pago tenían censuras de ilegalidad, más aun cuando el acriminado tenía la experiencia profesional y académica que le permitía conocer que las actas de conciliación eran falsas.

Afirmó que los negocios fiduciarios incluían el otorgamiento de crédito a los extrabajadores fideicomitentes, lo cual violó el estatuto orgánico del sector financiero; que la fiducia mercantil no podía ser irrevocable, porque solo aseguraría que la negociación estaba dominada por el Grupo Lloreda; que los contratos de fiducia debían ser autorizados por la superintendencia bancaria; y, que los hechos investigados no son asimilables a los de CONCIVILES, como lo expone el procesado, ya que en dicho asunto no hubo escándalos de corrupción.

Concluyó pidiendo el pago de gastos y costas del proceso en favor de la UGPP. Además solicitó se ordene lo pertinente al restablecimiento del derecho y la declaratoria sin efectos de las actuaciones investigadas, así como se le niegue al procesado cualquier beneficio a la hora de la condena.

3. La Defensa de DIEGO SUÁREZ ESCOBAR.

3.1. Defensa material.

El procesado SUÁREZ ESCOBAR impetró sentencia absolutoria.

Adujo que el ente acusador y el representante de la parte civil en sus intervenciones en la Vista Pública soportaron sus dichos en presunciones, especialmente en la declaración de la entonces representante de la parte civil ANGÉLICA TERESA VARGAS TÉLLEZ, mas no en las pruebas que obran en el expediente.

Aseveró que él sólo actuó como representante legal suplente de FIDUPACÍFICO para presentar la oferta mercantil a PROFACIFICO, pero no participó en los actos jurídicos subsiguientes; y, que HUBANERGEN CORTES le propuso el negocio con los mandamientos de pago, ante lo cual, llevó la propuesta a FIDUPACÍFICO, por lo que señaló como distorsión de la realidad que fuera el enlace o intermediario con HUBANERGEN CORTES y MELBA TELLO, sumado a que su papel se limitó a explicar las características y estructura de los negocios fiduciarios.

Dijo que actuó diligentemente porque, a pesar de recibir las certificaciones de los Juzgados, verificó la existencia y firmeza de los mandamientos de pago en dichos Despachos, no evidenciando irregularidades, a lo que agregó que realizar dichas verificaciones no constituye ningún delito.

Afirmó que no hay ninguna prueba que evidencie que él conocía que las actas de conciliación que soportan los mandamientos de pago eran falsas, sumado a que no es cierto que debía conocer la falsedad de las actas de conciliación, en razón de su profesión como abogado y profesor universitario, así como su experiencia en el área financiera, más aun cuando es distinto que hubiesen algunas noticias aisladas sobre corrupción en FONCOLPUERTOS, y otra, que hubiese un gran entramado de corrupción, como luego se conoció.

Afirmó que no hay pruebas en el expediente que las actas de conciliación hayan sido declaradas falsas por una autoridad judicial, mucho menos en época de los hechos ni cuando dejó el cargo el 15 de septiembre de 1999, y que los contratos de fiducia no violan el régimen laboral, máxime cuando no es delito diseñar un negocio fiduciario, más aun cuando su papel no trascendió más allá de la conformación de los contratos fiduciarios por la autorización de FIDUPACÍFICO, los cuales inicialmente no se constituyeron para ser vendidos a BANCALI.

Indicó que él no asistía a las juntas directivas de FIDUPACÍFICO, ni mucho menos a la de CORFIPACÍFICO, y, por ende, no participó en la aprobación de dichas transacciones, además, no existe prueba que fuese quien convenciera a TOLEDO ESQUENAZI de hacer el negocio, ni a ninguno de los otros partícipes en el negocio, máxime cuando sólo conversó una vez con él, y tuvo una reunión con los abogados de BANCALI, a lo que agregó que TOLEDO ESQUENAZI dijo que se convenció del negocio por las conversaciones con CORFIPACÍFICO.

Aclaró que en el asunto de BANCALI no medio ningún otorgamiento de crédito, que a través de las fiducias no se negociaron los derechos laborales de los exportuarios; que FIDUPACÍFICO nunca adquirió los derechos de las fiducias que administró y que las investigaciones en torno a las fiducias inician por los derechos de petición interpuestos por FIDUPACÍFICO a distintas entidades estatales.

Adujo que en FONCOLPUERTOS en su comunicación del 21 de diciembre de 1998, suscrita por LIBIA DEL SOCORRO ORTIZ, nunca se hizo referencia a actas falsas, funcionaria quien en posterior declaración precisó que la comunicación contenía una advertencia general, y no concreta, y que en la época de los hechos no se conocía la falsedad de las actas.

Dijo que no sólo él desconocía de la supuesta falsedad de las actas de conciliación, sino que los directivos de FONCOLPUERTOS, funcionarios del Ministerio de Trabajo de la época y órganos de control no sabían de dicha espuridad, como lo evidencia las distintas comunicaciones, oficios y memoriales de dichas entidades y servidores públicos de la época, a lo se añade que solo hasta mayo de 2000 se sacó del orden secuencial de pagos dichas actas de conciliación

3.2. Defensa técnica.

El defensor de SUÁREZ ESCOBAR solicitó sentencia absolutoria, ya que no se reúnen los requisitos del canon 232 ritual.

Sostuvo que la decisión de la transferencia del negocio fiduciario con BANCALI la hicieron las juntas directivas de CORFIPACÍFICO, por parte de su representante legal CARLOS ALBERTO CORREA, y BANCALI, a través de DAVID TOLEDO ESQUENAZI, juntas directivas de las que no hizo parte DIEGO SUÁREZ ESCOBAR.

Dijo que no existe decisión judicial ni prueba dentro del proceso que las actas de conciliación y mandamientos de pago fueran falsas.

Aseveró que el papel de su apadrinado como vicepresidente comercial de FIDUPACÍFICO, versó sobre la verificación personal y directa de la autenticidad de los mandamientos de pago y títulos ejecutivos ante los Juzgados Laborales, circunstancia que fue corroborada por ALFREDO SALGADO. Además, sostuvo que SUÁREZ ESCOBAR en el negocio de BANCALI, únicamente actuó entre FIDUPACÍFICO y PROACERO, sin tener participación alguna en las transferencias posteriores.

Adujo que, en todas sus actuaciones, obró de buena fe, sin dolo alguno, más aun cuando realizó acciones, como las verificaciones ante los Juzgados, para vencer cualquier posible riesgo, configurándose hipotéticamente un error.

Afirmó que no están probados los elementos de la determinación, sin que fuese el artífice del negocio de BANCALI, y que no se puede utilizar su experiencia profesional y académica en su contra para inculparlo, sumado a que no le era exigible otra conducta.

Indicó que no es creíble que si conocía la falsedad de las actas de conciliación, hubiese radicado sendos derechos de petición ante las distintas autoridades y órganos de control anunciando su comportamiento, a lo que agregó que no es cierto que la falsedad de las actas fuera un hecho notorio, ya que las autoridades en la época de los hechos no sabían de eso.

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 conformada por pronunciamiento de primer y segundo grado, de conformidad con lo establecido en los artículos 77 y 83 del CPP y el Acuerdo PSAA13-9987 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el 16 de septiembre de 2013, mediante el cual se asigna el conocimiento exclusivo para adelantar procesos en temas de FONCOLPUERTOS, este Despacho está habilitado para pronunciarse de fondo sobre el particular.

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

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

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra el procesado DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación agravado, en el grado de determinador, derivado de su gestión como vicepresidente comercial de FIDUPACÍFICO, con la que aparentemente logró que BANCALI adquiriera el 28 de diciembre de 1998 derechos fiduciarios contenidos en 8 fideicomisos, por la suma de \$13.052.230.859, a raíz de oferta realizada por CORFIPACÍFICO, los cuales eran contentivos de mandamientos de pago constituidos por extrabajadores de COLPUERTOS que ordenaban pagar actas de conciliación presuntamente falsas.

Vale señalar que si bien es cierto en el pliego de cargos se citan apartes de la sentencia del 26 de febrero de 2007 dictada por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Descongestión FONCOLPUERTOS, donde se relata las labores de empresas del grupo Lloreda y Pacífico para gestionar la aprobación de créditos a cargo de los extrabajadores fideicomitentes por el valor de los mandamientos de pago junto con respaldos de pagarés y certificados de garantías emitidos por FIDUPACÍFICO, y como dichas actividades vulneran la normativa del Estatuto Orgánico para el

sistema financiero, como en el caso de CORFIPACÍFICO, según comunicación de 24 de diciembre de 1998 de la Superintendencia Bancaria¹⁵; no menos cierto resulta que tales circunstancias fácticas no atañen al grupo de 8 contratos de fiducia, cuyos derechos fiduciarios fueron finalmente adquiridos por BANCALI por la suma referida, sino a otro grupo de contratos de fiducia no sometidos a esta investigación, aspecto, que inclusive, la misma sentencia indicada precisa, por lo que este Estrado no se referirá a ellas, por no comprender el ámbito de imputación fáctica sometida a juzgamiento.

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

“PECULADO POR APROPIACIÓN. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondo parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

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

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

Previo a abordar este punto, se advierte que a pesar de las graves falencias de recaudo probatorio atribuibles únicamente a la Fiscalía y concretadas en la fase instructiva, debido a la muy pobre labor investigativa, este Estrado buscó superarlas mediante el decretó oficioso de pruebas, no obstante, en algunos asuntos, no se logró superar plenamente.

Dicho eso, se encuentra demostrado que el abogado DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, para la época de los hechos, desempeñó el cargo de vicepresidente comercial de la Fiduciaria del Pacífico, FIDUPACÍFICO, como lo ha sostenido en sus distintas declaraciones e injurada obrantes en el expediente.

Asimismo está probado que el 18 y 19 de diciembre de 1998 se celebraron 8 contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, recaudo y pagos entre FIDUPACÍFICO, representada por DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, y 170 extrabajadores de la extinta empresa Puertos de COLOMBIA, COLPUERTOS, junto con sus abogados, fideicomisos de administración identificados de la siguiente

¹⁵ Folio 123, C.O. 10 de juzgamiento.

manera: FA 30090, FA 30091, FA 30092, FA 30093, FA 30094, FA 30096, FA 30105 y FA 30107.

Según dichas fiducias, el objeto contractual consistía en la transferencia, a título de fiducia mercantil, de todos los derechos personales que tenían los extrabajadores fideicomitentes respecto de FONCOLPUERTOS, y de los derechos litigiosos que le corresponden a éstos y al abogado (que los representaron ante los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla) en el mandamiento de pago, para formar un patrimonio autónomo con estos bienes y con los demás bienes que se entreguen en la ejecución de ese contrato, así como los rendimientos que éstos produzcan o lleguen a producir, el cual sería administrado por FIDUPACÍFICO con las siguientes finalidades:

1) administrar los bienes fideicomitados con que cuente el patrimonio autónomo, procurando darle liquidez para atender los gastos del fideicomiso y para beneficio final de los fideicomitentes y del abogado; 2) gestionar el cobro de los derechos contenidos en el mandamiento ejecutivo de pago, ante FONCOLPUERTOS; 3) adelantar todas las acciones judiciales necesarias para lograr los ajustes en la liquidación del título ejecutivo de pago si fuere necesario; y, 4) recaudar los recursos provenientes del pago de las obligaciones laborales a cargo de FONCOLPUERTOS, destinándolos al pago de las sumas de dinero conforme lo detalla el contrato.

Dichos contratos fiduciarios, fueron adicionados a través de encargos fiduciarios irrevocables con destinación específica reconocidos de la siguiente manera: EF - 008, EF - 0010, EF - 009, EF - 0011, EF - 0012, EF - 0014, EF - 0016 y EF - 0018, mediante los cuales los extrabajadores fideicomitentes confirieron a FIDUPACÍFICO la facultad exclusiva e irrevocable de representarlos en la enajenación de los derechos fiduciarios que éstos poseen en el fideicomiso para que en desarrollo de este mandato los negocie y transfiera totalmente a título de compraventa a la persona natural o jurídica que la fiduciaria escoja.

Así, se tiene demostrado que los 8 fideicomisos junto con sus encargos fiduciarios comprenden los siguientes mandamientos de pago y actas de conciliación:

	Contrato de fiducia	Encargo fiduciario	Mandamiento de pago	Exportuarios	Abogado	Acta de Conciliación de 1993	Concepto reconocido en acta	Monto reconocido en el mandamiento de pago
1	FA - 30090 ¹⁶	EF - 008 ¹⁷	27 de noviembre de 1997 emitido por el Juzgado 3 Laboral del Circuito ¹⁸	34	Gladys Esther Montero De Campo	2588 de 30 de diciembre de 1993 ¹⁹	Reliquidación por el no aumento desde 1983	\$570.935.653,60
2	FA - 30091 ²⁰	EF - 0010 ²¹	10 de julio de 1998 emitido por el Juzgado 6 Laboral	16	David Joaquín Bustos Cantillo	2395 de 30 de diciembre de 1993 ²³	Bonificación de \$30.000 Recargo nocturno de 35% Uniforme Sobretasa	\$845.611.845,30

¹⁶ Folios 13 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

¹⁷ Folio 12, C.O. 87 de juzgamiento.

¹⁸ Folios 39 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

¹⁹ Folios 43 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁰ Folios 48 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²¹ Folio 47, C.O. 87 de juzgamiento.

²³ Folios 68 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

			del Circuito ²²				Carbón Subsidio de transporte Retroactivo de 1991 Retroactivo de 1989 Nivelación salarial Trienio Corrosivo Subsidio familiar Prima sobre prima Aumento de 1983 Domingo y festivos Bonificación de \$40.000 Muelle privado 70% de winchero Descanso compensatori o	
3	FA - 30092 ²⁴	EF - 009 ²⁵	24 de marzo de 1997 emitido por el Juzgado 3 Laboral del Circuito ²⁶	30	Gladys Esther Montero De Campo	2103 de 15 de diciembre de 1995 ²⁷	Carbón	\$439.172.994
4	FA - 30093 ²⁸	EF - 0011 ²⁹	14 de mayo de 1997 emitido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito ³⁰	15	Gladys Esther Montero De Campo	1736 de 29 de diciembre de 1993 ³¹	Reliquidación por el no aumento desde 1983 Diferencia pensional de 1994	\$541.343.749,48
5	FA - 30094 ³²	EF - 0012 ³³	13 de mayo de 1997 emitido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito ³⁴	16	Gladys Esther Montero De Campo	1734 de 29 de diciembre de 1993 ³⁵	Reliquidación por el no aumento desde 1983 Diferencia pensional de 1994	\$607.233.115,15

²² Folios 64 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁴ Folios 75 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁵ Folio 74, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁶ Folios 103 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁷ Folios 107 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁸ Folios 113 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

²⁹ Folio 112, C.O. 87 de juzgamiento.

³⁰ Folios 129 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

³¹ Folios 132 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

³² Folios 138 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

³³ Folio 137, C.O. 87 de juzgamiento.

³⁴ Folios 155 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

³⁵ Folios 158 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

6	FA - 30096 ³⁶	EF - 0014 ³⁷	14 de mayo de 1997 emitido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito ³⁸	13	Gladys Esther Montero De Campo	1729 de 29 de diciembre de 1993 ³⁹	Reliquidación por el no aumento desde 1983 Diferencia pensional de 1994	\$667.905.649,62
7	FA - 30105 ⁴⁰	EF - 0016 ⁴¹	24 de junio de 1997 emitido por el Juzgado 3 Laboral del Circuito ⁴²	19	Melba Esther Arazo Hernández	1740 de 29 de diciembre de 1993 ⁴³	Bonificación de \$30.000 Descanso compensatori o Cena y descanso Corrosivo Prima de antigüedad Retroactivo sobre retroactivo Refrigerio Retroactivo de 1991 Prima sobre prima Bonificación de \$40.000	\$1.835.464.442,37
8	FA - 30107 ⁴⁴	EF - 0018 ⁴⁵	20 de enero de 1998 emitido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito ⁴⁶	27	Gladys Esther Montero De Campo	2586 de 30 de diciembre de 1993 ⁴⁷	Reliquidación por el no aumento desde 1983 Domingos y feriados Refrigerio Cena y descanso Compensado Retroactivo de 1989 Recargo 35% Prima sobre prima Recargo de 1991 Calzado y uniformes	\$1.818.368.139,96

De otra parte, está acreditado que con dichos fideicomisos, el día 28 de diciembre de 1998 se realizaron múltiples operaciones de enajenación de los derechos fiduciarios que involucran a varias empresas del grupo Lloreda y Pacífico de la siguiente manera:

³⁶ Folios 193 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

³⁷ Folio 192, C.O. 87 de juzgamiento.

³⁸ Folios 209 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

³⁹ Folios 212 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴⁰ Folios 164 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴¹ Folio 163, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴² Folios 188 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴³ Folios 183 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴⁴ Folios 217 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴⁵ Folio 216, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴⁶ Folios 239 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

⁴⁷ Folios 218 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, como vicepresidente comercial de FIDUPACÍFICO, presentó oferta comercial⁴⁸ a Armando Zea Jhonson, Gerente de LLOREDA PRODUCTOS DE ACERO S.A. (PROACERO), con el objeto de enajenar, a título de compraventa, el 100% de los derechos fiduciarios que los extrabajadores fideicomitentes tienen en los referidos 8 contratos de fiducia mercantil en la cuantía total de \$10.052.230.859,00, para que así adquiriera la calidad de cesionario, oferta que fue aceptada⁴⁹, según autorización de la respectiva junta directiva.

Inmediatamente, el referido Gerente de PROACERO realiza oferta comercial⁵⁰ para la cesión de los mencionados derechos fiduciarios a Jaime Castañeda Regalado, como vicepresidente comercial de PACÍFICO COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A. (PACÍFICO C.F.C.), por la suma de \$12.052.230.859, la cual también fue aceptada⁵¹.

Seguidamente, PACÍFICO C.F.C. también presenta oferta comercial⁵² para la enajenación total de los citados derechos de los fideicomisos a la CORPORACION FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A. (CORFIPACÍFICO S.A.), a través de su vicepresidente ejecutivo, Carlos Alberto Correa Cadavid, por la cuantía de \$12.552.230.859,00, oferta igualmente aceptada⁵³.

Finalmente, CORFIPACÍFICO S.A. realizó la referida oferta comercial⁵⁴ al FONDO FINANCIERO ESPECIALIZADO DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI "BANCALI"⁵⁵, en cabeza de su Gerente DAVID TOLEDO ESQUENAZI⁵⁶, por la suma de \$13.052.230.859, la cual acepta⁵⁷ "autorizado" por su junta directiva mediante acta 25 de 21 de octubre de 1998.

Ahora bien, como lo detalla el informe externo de visita 2499 de 1999 de la entonces Superintendencia Bancaria, el 29 de diciembre de 1998, BANCALI "... mediante el sistema Sebra canceló \$13.052 millones distribuidos así: \$12.052 millones para Fidupacífico-Fideicomiso Proacero, quien en cumplimiento de los encargos fiduciarios efectuó pagos a los fideicomitentes y \$1.000 millones a Corfipacífico, quien a su vez disminuyó un pago que por concepto de compra de bonos debía efectuarle a Pacífico C.F.C."⁵⁸.

Así, acorde con dicho informe, de los \$1.000.000.000 cancelados a CORFIPACÍFICO, \$500.000.000 corresponden a su propia utilidad y los otros \$500.000.000 fueron girados como utilidad a PACÍFICO C.F.C.

Posterior a dichos pagos, el mismo 29 de diciembre de 1998, FIDUPACÍFICO y PROACERO celebraron un encargo fiduciario irrevocable con destinación específica, EF - 0019⁵⁹, mediante el cual FIDUPACÍFICO recibe

⁴⁸ Folios 277 y ss, C.O. 12 de juzgamiento.

⁴⁹ Folios 280 y ss, C.O. 12 de juzgamiento.

⁵⁰ Folios 23 y ss, C.O. 13 de juzgamiento.

⁵¹ Folio 25 y ss, C.O. 13 de juzgamiento.

⁵² Folios 274 y ss, C.O. 12 de juzgamiento.

⁵³ Folios 276 y ss, C.O. 12 de juzgamiento.

⁵⁴ Folios 96 y ss, C.O. 9 de juzgamiento.

⁵⁵ El artículo 525 del acuerdo 1 del 9 de mayo de 1996 del Concejo de Santiago de Cali señala: "ARTICULO QUINIENTOS VENTICINCO: DENOMINACION Y NATURALEZA JURIDICA. - El Fondo Financiero Especializado del Municipio de Santiago de Cali denominado BANCALI es un fondo con personería jurídica y por lo tanto será tratado como un establecimiento público del orden municipal, adscrito a la Alcaldía, con autonomía administrativa y patrimonio independiente".

⁵⁶ Nombrado mediante decreto 005 del 1 de enero de 1998, y posesionado según acta 029 de las mismas calendas. Folios 176 y ss, C.O. 9 de juzgamiento.

⁵⁷ Folio 98, C.O. 9 de juzgamiento.

⁵⁸ Folio 71, C.O. 63 de juzgamiento.

⁵⁹ Folios 147, C.O. 20 de juzgamiento.

\$12.552.230.859,00 producto de la venta de los derechos fiduciarios tantas veces indicados, y se otorga un crédito a BANCALI por la misma suma.

En esa medida, BANCALI constituyó un REPO⁶⁰ con PROACERO por \$12.552.230.859,00, suscribiendo un pagare en blanco por dicha suma, y realizando un contrato de prenda con tenencia sobre los derechos fiduciarios contenidos en los fideicomisos de administración entre BANCALI y el fideicomiso 0019.

Vale señalar, que BANCALI paga el crédito al EF - 0019 entre el 12 de enero de 1999 hasta el 22 de enero de 1999, de los cuales le correspondieron \$2.000.000.000 de utilidad a PROACERO, por lo que la utilidad de las empresas del Grupo LLOreda y Pacífico ascendió a los \$3.000.000.000⁶¹.

Se destaca que los mandamientos de pago aquí referidos, que sustentan todas las operaciones fiduciarias, no fueron finalmente pagados por FONCOLPUERTOS, ya que desde el 31 de mayo de 2000⁶², el GIT del Ministerio de Trabajo, ordenó sustraer del orden secuencial las solicitudes de pago fundadas en varias actas de conciliación, incluidas, las referidas 2588, 2395, 2103, 1736, 1734, 1729, 1740 y 2586, debido a las investigaciones penales sobre su falsedad, lo que generó un menoscabo del patrimonio del municipio de Cali por un valor de \$13.052.230.859.

De otro lado, está acreditado que por estos hechos, a través de sentencia del 26 de febrero de 2007⁶³, el Juzgado 2 Penal del Circuito de Descongestión FONCOLPUERTOS condenó a ÁLVARO JOSÉ LLOREDA CAICEDO (presidente de CORFIPACÍFICO), JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS (presidente de FIDUPACÍFICO), y absolvió a DAVID TOLEDO ESQUENAZI (Gerente de BANCALI) y a CARLOS ALBERTO CORREA CADAVID (vicepresidente ejecutivo de CORFIPACÍFICO), decisión posteriormente confirmada y modificada por el Tribunal Superior de Bogotá el 7 de julio de 2009⁶⁴, condenando a ÁLVARO JOSÉ LLOREDA CAICEDO y a JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS como determinadores de peculado por apropiación, y modificando, en consecuencia, lo relativo al quantum de las penas y sanción pecuniaria.

No obstante, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, el 12 de mayo de 2010, casó la sentencia, y, condenó a DAVID TOLEDO ESQUENAZI como autor del delito de peculado por apropiación como Gerente de BANCALI, al considerar que buscó dar visos de legalidad a unas operaciones ilegales, comoquiera que realizó actos deliberados y planificados, como gerente con experiencia académica y profesional, para exponer de manera equivocada a la junta directiva de BANCALI un negocio diverso al realizado y mostrar unos beneficios y seguridades inexistentes, más aun cuando era una operación inviable por los escándalos de corrupción de FONCOLPUERTOS.

3. Materialidad de las conductas punibles objeto de juzgamiento.

Teniendo en cuenta lo probado, así como lo establecido en el pliego de cargos, el Despacho examinará si en el presente caso es predicable la estructuración de los comportamientos delictivos por los cuales se procede.

⁶⁰ Es una operación donde se vende un activo (como títulos financieros) a cambio de una suma de dinero, con el pacto de recomprarlo en una fecha posterior, ver <https://www.banrep.gov.co/es/glosario/repos>

⁶¹ Folio 71, C.O. 63 de juzgamiento.

⁶² Folios 110 y ss, C.O. 9 de juzgamiento.

⁶³ Folio 2 y ss, C.O.1 del sumario.

⁶⁴ Folios 142 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

3.1. Reconocimientos laborales con fundamento en actas falsas de conciliación.

En este punto, contrario a lo expuesto por la defensa, vale señalar que el Despacho encuentra demostrado con fundamento en el material aducido al plenario que las actas de conciliación 2588, 2395, 2103, 1736, 1734, 1729, 1740 y 2586 datadas en diciembre de 1993, que presuntamente acreditaban que múltiples exportuarios eran beneficiarios de acreencias laborales y que sustentaron mandamientos de pago, y, así, los 8 contratos de fiducia referidos, son espurias y obedecen a una creación ficticia y mendaz encaminada a generar un detrimento patrimonial sobre bienes del Estado orquestado por funcionarios de FONCOLPUERTOS, abogados y trabajadores, del cual se beneficiaron, entre otros, los exportuarios fideicomitentes.

En efecto, el Doctor WILLIAM HERNÁNDEZ CARRILLO, Gerente del Terminal Marítimo y Fluvial de la ciudad de Barranquilla entre finales de 1992 y 31 de diciembre de 1993, en diversas declaraciones adujo que él no autorizó la multiplicidad de actas de conciliación con fecha de diciembre de 1993 señalando varias de ellas como falsas.

En declaración surtida el 3⁶⁵ y 4⁶⁶ de marzo de 2000 ante la correspondiente delegada de la Fiscalía General de la Nación, el señor HERNÁNDEZ CARRILLO adujo que de las cerca de 1000 actas de conciliación presuntamente celebradas en diciembre de 1993 puestas de presente ante él, entre ellas las actas 2588, 2395, 2103, 1736, 1734, 1729, 1740 y 2586, en sus palabras, *“no fueron ordenadas ni autorizadas por mí”*. También, sostuvo que en varias de esas actas la firma allí señalada como suya no es de él; los sellos tampoco eran los empleados por ellos; la papelería en la que se realizaron no es la que usualmente utilizaba la empresa; se contemplan conciliaciones a grupos de trabajadores cuando las conciliaciones que se realizaban en esa época en la empresa eran individuales así como tampoco se otorgaban poderes amplios a los abogados para conciliar sino mandatos específicos y concretos para la diligencia.

Asimismo, adujo que *“era casi imposible llevar a cabo una labor tan numerosa de estudio, liquidación, elaboración y conclusión de solicitudes de conciliaciones por parte de trabajadores y apoderados en un periodo común (tan corto) de muchas actas de no más de una semana”*.

Igualmente, manifestó que no era posible que se dejara un pasivo por parte de COLPUERTOS Terminal Marítimo de Barranquilla a 31 de diciembre de 1993, o, dicho en otras palabras, que las posibles actas firmadas tuvieron que haber sido canceladas antes de la liquidación de la entidad. Al respecto, adujo que *“... no quedaron pendientes por atender ninguna acta de conciliación, la cual de haber existido tenían que haberse registrado dentro de este rubro de pasivos laborales”*.

Adicionalmente, militan las declaraciones de MAYRON ADALBERTO VERGEL ARMENTA⁶⁷, entonces Superintendente General de Puertos y encargado de la Gerencia General de Puertos de Colombia, quien sostuvo que todas las liquidaciones de los extrabajadores se hicieron entre mayo y agosto de 1993, mientras que en diciembre, todas aquellas que tenían relación con los sindicalistas; que la deuda para pagar por prestaciones en el Terminal de Barranquilla es cero, como se observa en el informe de gestión de liquidación de Puertos de Colombia; y que las conciliaciones que se realizaban por orden de la Gerencia eran individuales y no colectivas.

⁶⁵ Folios 223 y ss, C.O. 33 de juzgamiento.

⁶⁶ Folios 252 y ss, C.O. 33 de juzgamiento.

⁶⁷ Folios 115 y ss, C.O. 65 de juzgamiento, y folios 104 y ss, C.O. 66 de juzgamiento.

En su dicho fue enfático en señalar que la Junta Directiva Nacional de Puertos de Colombia autorizó al Gerente General para conciliar los procesos judiciales, siempre y cuando existiera la certeza de que la sentencia iba a ser negativa para la empresa Puertos de Colombia, realizándose un inventario de dichos procesos que fueron calculados en 76 mil millones, incluidos los negocios laborales, civiles y administrativos, sin que apareciesen las actas investigadas.

Respecto de las casi mil actas de conciliación que aparecieron en inspecciones judiciales, precisó que no tenía conocimiento de esas actas de conciliación ni le informaron sobre las mismas, ni siquiera por parte de la firma que efectuó el inventario y conciliación de las cuentas, a lo que agregó que de haber existido estas obligaciones, hubieran sido reportadas al final del ejercicio, en razón de que este cierre se hizo de enero a junio de 1994, siendo así, que de estas actas no existía ningún reporte en las dependencias de Puertos de Colombia, ni se encontraban legalizadas a diciembre de 1993.

De otro lado, se encuentran las declaraciones del abogado JOSÉ MARÍA IGUARÁN ORTEGA que revela los pormenores y argucias empleadas para defraudar el erario, entre ellas, la elaboración de actas de conciliación falsas con fecha de diciembre de 1993, por parte de abogados, trabajadores y servidores públicos, incluidos, funcionarios de FONCOLPUERTOS, los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla e Inspectores de Trabajo.

De hecho, en declaración del 1 de marzo de 2000⁶⁸, trasladada de otra causa respecto de otros hechos, dicho togado condenado anticipadamente, señaló que *“tal como reiteradamente lo he afirmado en las versiones que he rendido se originó en el año 95, hacia los meses de noviembre a diciembre la inquietud por negocios de Foncolpuertos y es cuando en conversación con ANSELMO MANGA me transmite la posibilidad de que en base a los poderes de extrabajadores se pudiere optar por realizar actas de conciliación con fechas atrasadas es decir con fecha de diciembre del año mil novecientos noventa y tres por cuanto primera era para la época en el cual existió el proceso de liquidación, segundo era ya en esos momento una práctica utilizada en el círculo y gremio de negocios contra Foncolpuertos, tercero porque se tornaba demasiado fácil y rápido y así evitar procesos dispendiosos cuales pudiesen ser las demandas ordinarias y por último porque se manejaban las relaciones internas para que dicha operatividad se pudiese llevar a cabo, por cuanto existían funcionarios proclives a firmas las respectivas actas de conciliación...”*. Además, agregó que *“... de lo que estoy absoluta y completamente seguro que en las que yo tuve participación (actas de conciliación falsas) no son las únicas que adolecen de dichas irregularidades... pues de las inspecciones judiciales aparecieron un sin número de actas lo cual originó creo la reacción de inclusive funcionarios de puertos por cuanto ya se estaba llegando a los extremos carajo de la desfachatez...”*. (Subrayado fuera del texto)

Ante el interrogante de si dentro del medio de abogados y funcionarios de FONCOLPUERTOS estaban enterados de las irregularidades y falsedades de las actas de conciliación, contestó: *“todos los medios que usted me está preguntando tenían conocimiento de ese hecho irregular, tan es así que hubo momentos antes de el (sic) festín de bonos en que se le pusieron miles de trabas para pagar ejecutivos con actas de conciliaciones, y me estoy refiriendo a los funcionarios de Foncolpuertos, porque ya era evidente ya no se podía esconder que había irregularidades en la autenticidad por fechas de dichas actas ese rumor circulaba y era mirado con malos ojos negocios donde estuvieren dichas actas de conciliación, ahí es donde se explica porque se ordena o se solicita una inspección judicial de las actas ...”*.

⁶⁸ Folios 221 y ss, C.O. 34 de juzgamiento.

También sostuvo que a raíz de las dos inspecciones judiciales realizadas en diferentes tiempos: *“... los funcionarios intentaron curarse en salud al solicitar esta inspección para tratar, y era la versión circulante al interior del fondo, de legalizar esos negocios con actas por cuanto se iba a tener el amparo de que se habían encontrado en una inspección judicial realizada por un juez de la Republica, situación estas que se hizo pero que aclaro no alcanzaba a limpiar completamente por cuanto ya en esos momentos se conocía de las irregularidades de esas actas y por eso no se querían cancelar, después desgraciadamente y hay que decirlo y por ello afirmaba yo, que se convirtió en el talón de Aquiles, hay una segunda inspección en la cual aparece un sin número de actas nuevas cuya explicación también desgraciadamente tengo que decirlo, no es más... que la generalización del desorden absoluto de la desfachatez extrema, de la feria que existía allá en esos momentos dentro del mercado portuario de nuevas actas de conciliación mercado porque no hay misterio que hubo elaboraciones sin fin y portuarios haciendo colas para que fuesen introducidos en dichas actas, porque se argumentaba en esos momentos que era la última oportunidad que existía para elaborar un acta de conciliación y a la postre esa actitud desde todo punto de vista irracional insensata, pienso, aceleró los procesos penales que hoy se siguen contra todas las personas que de una u otra forma tuvieron o tienen que ver con la entidad Foncolpuertos”*.

Sumado a lo anterior, se cuentan con análisis grafológicos sobre varias actas de conciliación celebradas con fecha de diciembre de 1993 que establecen que estos pactos conciliatorios son producto de falsificación por el método de imitación, como el informe DD 119975⁶⁹ frente a la firma de Edgardo de Jesús Cervantes Jimeno, abogado de exportuarios, contenida en las actas 1736, 1729 y 1734, aquí investigadas; o que señalan que no presentan uniprocedencia manuscritural, como el informe GD 0109 de 31 de marzo de 1999⁷⁰ respecto de la rúbrica de Roberto Antonio Araujo Monclus, representante de COLPUERTOS, en el acta 2103.

Igualmente, de acuerdo al estudio de las actas fechadas en diciembre de 1993 por parte de la Contraloría General de la Republica en documento CGR-CDSS No 246 de septiembre de 2000⁷¹, se concluye que las 943 actas incautadas por la Fiscalía General de la Nación más otras 44 conciliaciones representan un valor de 566 mil millones de pesos, suma que para 1999 equivalía a 1.5 billones de pesos y no está reflejada como pasivo en los estados financieros de 1993 de la Empresa estatal.

Asimismo, aduce que el 99.94% de dicho valor corresponden a actas colectivas no autorizadas por la Junta Directiva de COLPUERTOS ni por su Gerente liquidador, ya que de acuerdo a lo establecido en las actas 339 del 16 de marzo y 341 de 5 de mayo de 1993, sólo se autorizaron actas individuales, que requerían previa aprobación de la Junta Directiva, máxime cuando tal orden fue dada a conocer a los gerentes de los Terminales mediante memorando de 20 de mayo de 1993 suscrito por el exliquidador de COLPUERTOS, MAYRON ADALBERTO VERGEL ARMENTA.

Además, aseveró que de las 943 actas sólo el 3% cuenta con poderes de la Empresa y los exportuarios para conciliar, y presentan inconsistencias en los datos como las cédulas de los exportuarios y/o abogados, y en general, destacó la carencia de los anexos pertinentes. En el mismo sentido, señala que en el 40% de las actas, 944 extrabajadores les repitieron mínimo una vez el mismo concepto reconocido, generándose múltiples condenas por la misma causa.

Al respecto indicó: *“para el caso de las 943 conciliaciones del Terminal de Barranquilla, la CGR comprobó que en ellas participaron 7 inspectores de trabajo,*

⁶⁹ Folios 221 y ss, C.O. 15 de juzgamiento.

⁷⁰ Folios 3 y ss, C.O. 65 de juzgamiento.

⁷¹ Folios 63 y ss, C.O. 28 de juzgamiento.

11 abogados de COLPUERTOS y 115 apoderados de los extrabajadores. En las 943 actas figuran las fechas comprendidas entre el 2 y 31 de diciembre de 1993. Las firmas de los inspectores de trabajo José Abello, Belford Bolívar Mosquera e Isabel Pertuz Mercado, figuran en 779 actas de conciliación por un valor total de \$506.000 millones, representados en 19.714 conceptos. Las operaciones aritméticas y soportes documentales de 13.835 conceptos, increíblemente fueron revisados en fracciones de segundos por estos tres inspectores”⁷².

Y más específicamente refirió: “Entre el 27 y el 30 de diciembre el inspector ABELLO concilió 6.061 conceptos en un promedio de 0.5 minutos o 30 segundos cada operación. Es más el día 30 de diciembre de 1.993 cada 0.2 minutos (12 segundos) se conciliaron 3.675 conceptos, lo que demuestra que ni siquiera este tiempo se invierte en la lectura simple del documento. // Durante los días 10, 15, 17 y 30 de diciembre de 1.993 el señor Belford Bolívar concilió 4731 conceptos a un promedio de 0.65 o 39 segundos. // Durante los días 10, 21 y 27 de diciembre de 1.993 la inspectora Isabel Pertuz concilió 3.043 conceptos a un promedio de 0.72 minutos o 43 segundos.... // Cómo se explica que 779 actas de conciliación en su mayoría en 4 días del mes de diciembre de 1.993, se hayan revisado en su totalidad a un promedio de 37 segundos por parte de los tres inspectores de trabajo, cuando en el cuerpo del acta dice textualmente: “.. En este estado de la diligencia el señor Inspector procede a revisar y analizar la(s) liquidación (es) que sirven de soporte encontrándola(s) ajustada (s) a derecho y a las leyes matemáticas.” // Lo anterior demuestra una modalidad de corrupción por ser físicamente imposible que tres inspectores realicen manualmente operaciones que implican cuidadoso análisis matemático y documental, cada 37 segundos durante 12 horas continuas de trabajo, sin poderse dedicar a actividad diferente a la de LIQUIDAR”.

En esa medida, no media ninguna hesitación para este Despacho que las actas de conciliación 2588, 2395, 2103, 1736, 1734, 1729, 1740 y 2586 datadas en diciembre de 1993, no fueron elaboradas en diciembre de 1993 ni autorizadas por el Director del Terminal Marítimo de Barranquilla, sino que es una mendaz y espuria artimaña elaborada a finales de 1995, e inclusive antes como lo sostiene el mismo JOSÉ MARÍA IGUARÁN ORTEGA, para obtener mandamientos de pago y nuevas conciliaciones, y, lograr así el pago de sumas dinerarias a costa del patrimonio estatal.

Con todo, fortalece la ilegalidad en las actuaciones analizadas, el reconocimiento de conceptos irregulares en dichas actas de conciliación, y que posteriormente sustentaron distintas actuaciones judiciales y administrativas, aspectos que robustecen la ilegalidad de lo reconocido y la afectación al patrimonio estatal, como enseguida se expondrá.

3.2. 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.

⁷² Folio 72, C.O. 28 de juzgamiento.

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 Marítimos 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”⁷³.

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.

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

⁷³ Para el caso de la Convención Colectiva que rigió para los años 1987-1988 este artículo es el 92

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 inadmisibles 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 acta de conciliación junto con los mandamientos de pago proferidos por los Juzgados Laborales del Circuito de las ciudades en donde funcionaba algún Terminal Marítimo de COLPUERTOS, en el caso en que las hubo, 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, máxime cuando el concepto de “prima sobre prima” no existía en 1993, lo que además pone de presente la falsedad de las actas referidas.

3.3. Sobre las bonificaciones.

Con relación a las bonificaciones, como la de cumplimiento, emerge diáfano que las mismas no podían ser conceptuadas como salario y, en consecuencia, no podrían ser incluidas en manera alguna como factor de liquidación de cesantías, prestaciones sociales ni pensión alguna, de suerte que no pudiendo reconocerse más que por una sola vez, no ofrece duda que no constituye contraprestación directa ni habitual del servicio y, acorde a lo que también se referirá en acápites posteriores acerca de, por ejemplo, calzado y uniformes, se confirma que adolece de talante salarial, de allí que su invocación y deprecación para fines liquidatorios como los ya enunciados, por vía administrativa, judicial o conciliatoria, torna en ilegal su reconocimiento.

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

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

Es así como se evidencia que de acuerdo con esta definición, salario es lo que reciba el trabajador en dinero o especie, siempre y cuando impliquen directa retribución de servicios, y en ninguna de ellas están taxativamente señaladas las bonificaciones, por lo que se configura la ilegalidad de lo reconocido en actuaciones para obtener sin derecho alguno a ello rubros económicos que incrementaron el peculio de terceras personas.

Por tal razón, es diáfano que las mentadas bonificaciones no podían ser atendidas como factores de liquidación de cesantías, prestaciones sociales o pensión, por cuanto, se insiste no constituyen contraprestación directa ni habitual del servicio, lo cual le resta por completo el carácter de factor salarial y traduce ilegal su reclamación y reconocimiento para fines de reliquidación de los efectos arriba enunciados.

3.4. Reconocimiento irregular de calzado y uniforme como factor salarial.

El suministro de uniformes y calzado al que por Ley y CCT estaba jurídicamente vinculada COLPUERTOS con los exportuarios, a pesar de constituir una prestación de obligatorio cumplimiento por parte de ésta como empleadora, evidente resulta que no es constitutivo de salario, como se desprende de la normatividad aplicable.

Los artículos 127 y 129 del CST regulan los elementos que conforman el salario y el concepto que constituye salario en especie, cánones relevantes para el análisis de la especie y que disponen:

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

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (Subraya fuera del texto)

ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE (modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990).
1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el {empleador} suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 (128) de esta ley (...). (Resaltado por el Despacho)

En precepto 89 de la CCT precitada estableció:

“ARTICULO 89. DEFINICION DE SALARIOS. Se entiende por salario de conformidad con la presente Convención, no solo la remuneración fija u ordinaria sino todo cuanto reciba el trabajador en dinero o especie que implique directa retribución de servicios, sea cual fuere la denominación que se adopte como primas, prima de antigüedad, sobresueldos, bonificaciones, horas extras, recargos por trabajos nocturnos o sistemas de turnos, valor del trabajo en día de descanso obligatorio, viáticos en su totalidad, vacaciones compensadas en dinero, durante el servicio o al terminar el contrato de trabajo, vacaciones remuneradas, auxilio de transporte municipal e intermunicipal, valor de la incapacidad, valor del refrigerio, cena y desgaste físico y todos aquellos que constituyan salario, de conformidad con las disposiciones legales o extralegales que rigen sobre la materia.” (Subraya el Estrado)

Es así como se evidencia que de conformidad con esas dos definiciones, salario es lo que reciba el trabajador en dinero o especie, siempre y cuando entrañe directa retribución de servicios, aunado a que en ninguna de ellas están taxativamente señalados el vestido de labor o dotación de uniformes. Tampoco constituye salario en especie, ya que como lo establece la norma precitada la especie para ser tenida como salario de implicar contraprestación directa del servicio, y es claro que la dotación de uniformes pactado en la convención colectiva no es retribución directa del servicio y, por ende, no constituye factor salarial. Además, en ningún momento en la convención colectiva se dice expresamente que la dotación de uniforme sea constitutiva de factor salarial.

El artículo 128 del CST excluye “las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX”, como factor salarial; y el suministro de calzado y vestido de labor, se encuentra regulado en el Título VIII artículo 230 del CST, normas que rezan:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS (modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990). No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”. (Resaltado fuera del texto).

El artículo 45 convencional que regula el “suministro de uniforme y calzado” consagra la obligación de COLPUERTOS a la dotación de uniformes y calzado, la época, cantidad y calidad y su valor en dinero; no obstante, en ninguno de sus apartes dispone expresamente que constituyan salario ni que implique directa retribución de servicios.

Por tanto, el calzado y los uniformes no constituyen factor salarial, pues ninguna norma convencional o legal les da tal connotación, ya que no se entrega al trabajador para enriquecer su patrimonio, sino para que cumpla con su trabajo y desempeñe a cabalidad sus funciones, lo cual significa que debió de ser suministrado durante la prestación del servicio y en vigencia del contrato, toda vez que después este pago no tendría ningún sentido. Adicionalmente, si bien es cierto

el canon convencional 45 en su parágrafo 6° indicó, para el caso del personal femenino, que *“A cambio de uniformes y calzado para todo el personal femenino, la Empresa pagará a cada empleada las sumas detalladas en las fechas indicadas a continuación: (...)”*, y para el caso del masculino, que *“solo en caso que no se cumpla con la dotación de uniformes indicada, para el personal masculino, la Empresa pagará a cada trabajador por semestre los siguiente: ...”*, no menos cierto resulta que no se puede entender como una retribución directa ordinaria del servicio prestado, puesto que es que la suma recibida por concepto de dotación dejada de entregar no implica directa retribución ordinaria del trabajo o servicio prestado.

Es así como el calzado y los uniformes no constituían factor salarial, y cualquier reconocimiento de tal circunstancia se estima ilegal, y, por consiguiente, las reliquidaciones de las prestaciones sociales y la mesada pensional producto de tal reconocimiento es igualmente contraria a la Ley y a las normas convencionales.

Se suma a lo anterior que ninguna finalidad y objeto laboral apareja el suministro de tales elementos o el valor dinerario que representan cuando ya el trabajador no cumple funciones en la Empresa, habida cuenta de que dicha dotación se establece para que el operario desempeñe sus labores.

En el caso concreto, se encuentra acreditado que algunas actas de conciliación de 1993 junto con los mandamientos de pago reconocieron el calzado y los uniformes como factor salarial generando reliquidación de prestaciones sociales, conceptos contrarios a la referida normatividad.

4. Tipicidad.

4.1. 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 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*⁷⁴.

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”*⁷⁵. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo⁷⁶. 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 (…)*⁷⁷.

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

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

Finalmente, frente a la expresión “por razón o con ocasión de sus funciones”, es preciso manifestar que *“la entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia, física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidos, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*⁷⁸. 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*

⁷⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

⁷⁵ PEREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial*. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

⁷⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

⁷⁷ CANCINO, Antonio José. *Lecciones de derecho penal parte especial*. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

⁷⁸ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

*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*⁷⁹.

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 los mandamientos de pago analizados, ni de los Inspectores de Trabajo y/o abogados que participaron en la suscripción de las supuestas actas de conciliación, ni tampoco de los directivos de BANCALI, FIDUPACÍFICO y demás empresas del Grupo Lloreda y Pacífico, se hace necesario establecer si se desplegó al menos una conducta típica y antijurídica, ya que la “determinación” para ser punible requiere, en virtud de la denominada accesoriadad limitada⁸⁰, que la conducta del autor no sólo sea típica, sino también antijurídica.

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

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

Conforme a lo reseñado, la suma de \$13.052.230.859 cancelada por BANCALI, producto de la enajenación de derechos fiduciarios el 28 de diciembre de 1998, contenidos en 8 contratos de fiducia mercantil, constituidos por 170 extrabajadores de COLPUERTOS, beneficiarios de mandamientos de pago proferidos por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla, y, que ordenaron el pago de actas de conciliación falsas fechadas el mes de diciembre de 1993, 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 los mandamientos de pago proferidos por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla señalados, que fueron objeto de los contratos de fiducia, cuyos derechos fiduciarios fueron adquiridos por el establecimiento público del orden municipal BANCALI⁸¹, reconocieron el pago de actas de conciliación falsas de 1993, y, también ordenaron el pago de acreencias laborales contrarias a derecho como la prima sobre prima, el calzado y uniforme así como las bonificaciones como factor salarial, entre otras; por lo que, de acuerdo con lo indicado, no tenían sustento legal ni convencional, por lo que los aludidos servidores

⁷⁹ *Ibíd*em pág. 97

⁸⁰ *“(...) en la legislación de 1980 nada se estableció sobre la accesoriadad; 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 accesoriadad limitada (...)”* HERNANDEZ ESQUIVEL, Alberto. *Lecciones de derecho penal*, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

⁸¹ El artículo 525 del acuerdo 1 del 9 de mayo de 1996 del Concejo de Santiago de Cali señala: *“ARTICULO QUINIENTOS VENTICINCO: DENOMINACION Y NATURALEZA JURIDICA.- El Fondo Financiero Especializado del Municipio de Santiago de Cali denominado BANCALI es un fondo con personería jurídica y por lo tanto será tratado como un establecimiento público del orden municipal, adscrito a la Alcaldía, con autonomía administrativa y patrimonio independiente”.*

públicos, incluidos, los funcionarios de BANCALI, concurren personalmente en la confección y emisión de tales actuaciones disponiendo ilícitamente del patrimonio del Estado a favor de terceros, en este caso de los togados y exportuarios, y demás beneficiarios, 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, de acuerdo con lo indicado, no ofrece duda que producto de la adquisición de los referidos derechos fiduciarios sustentados en actas falsas, BANCALI ordenó el pago de **\$13.052.230.859**, montos que equivalen a **64.036,14 SMLMV del año 1998**, adecuándose con creces al monto exigido en el inciso 2° del canon 397 original del CP, norma especial que aumenta la punición para el peculado por apropiación.

Por tales motivos, el Despacho encuentra acreditado que la conducta descrita es típica y antijurídica, y corresponde al punible de peculado por apropiación agravado, de acuerdo con el canon 397 primigenio inciso 2° de la actual codificación represora, dado que en razón del comportamiento perpetrado por servidores públicos habilitados para disponer del erario terceras personas se vieron amparadas con actos enderezados a la apropiación indebida de bienes estatales que estaban bajo su administración y custodia en atención a sus funciones, por cuantía superior a 200 SMLMV, configurando con ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

4.2. Establecido que el actuar del procesado es objetivamente típico y antijurídico, se entra a analizar la conducta desplegada como presunto determinante.

En lo atiente a la responsabilidad del abogado DIEGO SUÁREZ ESCOBAR, entonces vicepresidente comercial de FIDUPACÍFICO, 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 Despacho percibe que no se encuentra demostrada tal situación de compromiso subjetivo, toda vez que la duda al respecto aviene razonablemente insuperable, comoquiera que se hallan elementos cognitivos que arrojan conclusiones que, al no confluir sino al ser irreconciliables, impiden arribar a un predicamento prístino y completamente confiable tocante a este tópico.

Efectivamente, este Estrado no alcanza la convicción reclamada por la Ley a la luz de los derroteros que gobiernan la sana crítica, la lógica, las reglas de la experiencia, así como la valoración conjunta y crítica de las pruebas, de que el procesado conociese que con el actuar descrito, esto es, básicamente, estructurar y suscribir los 8 contratos de fiducia cuestionados, así como suscribir oferta comercial de enajenación de los derechos fiduciarios a PROACERO, en representación de FIDUCIPACIFIO, pudiese realizarse operaciones generadoras de un detrimento patrimonial injustificado en derecho a las arcas del Estado, al ser falsas las actas de conciliación que soportaban los mandamientos de pago contenidos en los fideicomisos.

Ciertamente, en su injurada, y en otras manifestaciones, este acriminado señaló que laboró en FIDUPACÍFICO desde abril de 1996 hasta septiembre de 1999, inicialmente como gerente comercial, y, posteriormente, a mediados de 1998, como vicepresidente comercial, con las funciones de realizar la gestión comercial a efectos de canalizar los negocios fiduciarios para la empresa, la de asesoría jurídica general de la fiduciaria y la de la estructuración jurídica de todos los negocios fiduciarios.

Además, afirmó que la presidencia y junta directiva de FIDUPACÍFICO establecieron una directriz comercial de buscar la estructuración de negocios de la misma naturaleza como el de CONCIVILES, en el cual dicha entidad como contratista del Estado, concilió con INVIAS una serie de contratos de obras públicas, y, para lograr liquidez ante el no pago, suscribieron contratos de fiducia mercantil, en los que se conformó un patrimonio autónomo con la totalidad de los derechos económicos y de crédito incorporados en las actas de conciliación, y, en razón de dicho contrato, FIDUPACÍFICO realizó gestiones de cobro, diseñada por la firma de abogados liderada por GABRIEL TABOHADA HOYOS, obteniéndose el pago de la totalidad de lo debido, pagándose a la totalidad de los acreedores beneficiarios las obligaciones respaldadas con certificados de garantía, y también cancelándose los pagos a terceros proveedores y acreedores de CONCIVILES, todo de acuerdo con los contratos suscritos.

En esa medida, indicó que posteriormente HUBANERGEN CORTES ARISTIZABAL, excompañero de universidad, lo contactó para ofrecerle a FIDUPACÍFICO, la venta de los derechos de mandamientos de pago emitidos por Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla contra FONCOLPUERTOS, ante lo cual le señaló que la entidad no adquiriría ese tipo de activos, sino que su negocio era estructurar mecanismos de administración de los mismos en favor de terceros a cambio de una comisión. Empero, dijo que luego de comentarle a JORGE ALBERTO LLOREDA, y este a la junta directiva, se tomó la decisión de estructurar el negocio fiduciario de manera similar a la de CONCIVILES, razón por la cual, en desarrolló de sus funciones, redactó los contratos fiduciarios requeridos.

Manifestó que la estructuración de los negocios implicaba una serie de verificaciones previas, entre las que estaba: 1) la exigencia a los exportuarios que no sólo aportasen copia de los mandamientos de pago, sino también de una certificación de los Juzgados sobre la existencia del proceso y etapa en la que se hallaban, así como la certificación de FONCOLPUERTOS de encontrarse en el plan nacional de pagos; y, 2) la personal y cuidadosa revisión en los Juzgados de Barranquilla en torno a la autenticidad y ejecutoria de los mandamientos de pago y la existencia de los títulos ejecutivos, incluida, la entrevista con los Jueces.

Igualmente, dijo que se contrató la firma liderada por el abogado GABRIEL TABOHADA HOYOS para la gestión de cobro administrativa y judicial, que incluía la presentación de derechos de petición ante entidades como la presidencia de la Republica, Ministerio de Hacienda, Contraloría, Procuraduría, entre otras, que fueron contestados con la iniciación de procesos de verificación sobre la información suministrada, y, que en el caso de FONCOLPUERTOS, según relató la firma de abogados, generaron la comunicación que dirigió la entonces directora MARIA PIEDAD MOSQUERA ASTORQUIZA al Ministerio sobre la apropiación presupuestal y pago de las obligaciones contenidas en los contratos fiduciarios.

Sobre el asunto específico objeto de investigación, aseveró que, a mediados de 1998, JORGE ALBERTO LLOREDA le informó que CORFIPACÍFICO estaba interesada en adquirir la propiedad sobre derechos fiduciarios constituidos por mandamientos de pago a favor de exportuarios, debido a la rentabilidad por los intereses de mora, por lo que se le solicitó que identificara los mandamientos de pago de personas interesadas en realizar dicha enajenación, a lo que aclaró que a diferencia de los anteriores negocios de fiducia, no se buscó endeudamiento u otorgamiento de garantías, de modo que esta caracterización contractual se le solicitó a HUBANERGEN CORTES ARISTIZABAL, lográndose la suscripción de los contratos de fiducia y su comunicación a FONCOLPUERTOS, entidad que registró en su respectivo sistema las fiducias e informó que no pagaría las obligaciones derivadas de sentencias o mandamientos falsos.

También sostuvo que JORGE ALBERTO LLOREDA le indicó que la junta directiva de BANCALI había aprobado la compra de derechos fiduciarios de la misma naturaleza relatada, y le solicitó reunirse con CARLOS ANTONIO ESPINOSA, abogado externo de BANCALI, para explicarle el procedimiento que seguía la fiduciaria para la revisión de los mandamientos de pago y la estructuración de los contratos de fiducia.

Aseveró que, según le indicó JORGE ALBERTO LLOREDA, se decidió que los derechos fiduciarios se comprarían a través de PROACERO, momento hasta el cual él intervino en ese negocio, y, que luego se enteró que dichos derechos fueron objeto de ventas sucesivas, a lo que precisó que no participó en ningún momento en la negociación con el representante legal de BANCALI, más allá de la reunión con su abogado externo.

Dijo que en 1999 se continuaron realizando gestiones de cobro, como reuniones con el Ministro de Trabajo y el Grupo de Trabajo de dicho Ministerio, y que en marzo de dicha anualidad ante un derecho de petición realizado por los abogados de la firma contratada, se enteró por primera vez del inicio de investigaciones por presunta falsedad de las actas.

Finalmente, manifestó que en la época de los hechos se conocían algunas noticias sobre falsedades en sentencias y mandamientos de pago, mas no sobre actas de conciliación, y por eso, las verificaciones se encaminaron a la revisión en los respectivos Despachos judiciales, sumado a que FONCOLPUERTOS expidió certificaciones en las que no cuestionaba la autenticidad de las mismas.

En esa medida, observa el Despacho que de las diferentes versiones rendidas por el acriminado y de los medios suasorios acopiados en este dossier no es posible derivar el conocimiento sobre la ilicitud endilgada, esto es, tener ciencia acerca de la espuridad de las actas de conciliación que sustentan tanto los contratos de fiducia como las operaciones de enajenación de los derechos fiduciarios, y, por ende, conocer el carácter defraudatorio de los montos dinerarios pertenecientes al erario que fueron pagados por BANCALI con violación de la Ley, toda vez que de las respuestas y manifestaciones dadas por el acriminado en sus distintas declaraciones, las cuales no han sido hasta ahora desvirtuadas en lo esencial, se extrae que si bien es cierto obró bajo la convicción de encontrarse con títulos judiciales válidos y ejecutables, y, por eso, estructuró y suscribió los contratos de fiducia investigados, así como suscribió oferta comercial de enajenación de los derechos fiduciarios en representación de FIDUCIPACIFIO, no menos lo es que de ello no se puede derivar un dolo con suficiencia del reato endilgado, máxime cuando no se encuentra probado que hubiese estructurado o incitado el negocio de venta de derechos fiduciarios con BANCALI.

Por manera que de su dicho no es viable arribar con certeza a que tuviere plena ciencia de la ilegalidad que entrañaban las actas de conciliación que sustentan todas las operaciones para el momento preciso en que fue diseñado el entramado contractual aquí analizado, máxime cuando de sus aseveraciones se colige que actuó de buena fe y movido por las circunstancias en que le llegaron los mandamientos de pago para realizar los contratos de fiducia, la ejecución de labores de verificación como ir directamente a las sedes judiciales en Barranquilla junto con la exigencia a exportuarios de aportar documentos relacionados, la elaboración de derechos de petición a distintas entidades estatales a través de la firma de abogados TABOADA HOYOS Y ASOCIADOS⁸², incluidos órganos de control, en aras de agilizar el cobro, y las directrices impartidas por el presidente y junta directiva de FIDUPACÍFICO, sin que se halle asidero sólido en el que se afinque el

⁸² Folios 1 y ss, C.O. 87 de juzgamiento.

señalamiento de que actuó con entero conocimiento de la ilicitud y voluntad de alcanzar el fin prohibido por la Ley, sino que es la duda la que impera sobre el particular.

El hecho consistente en que el acriminado admita haber estructurado y suscrito los contratos de fiducia con todos los pormenores relatados, incluido las conversaciones con HUBANERGEN CORTES ARISTIZABAL y MELBA TELLO, así como haber participado en la presentación de oferta comercial a PROACERO, en manera alguna permite predicar necesariamente que, a pesar de su calidad de abogado especializado por entonces, estaba asistido de una comprensión diáfana de que participaría en operaciones fiduciarias sin sustento legal, que tal proceder objetivamente aparejaba ilicitud y que, a pesar de ello, en ejercicio de sus facultades superiores de intelección y volición, fraguó la intención y el dolo para actuar en el sentido de determinar a terceros, BANCALI, con facultad dispositiva de los bienes públicos para perpetrar una conducta punible como el peculado por apropiación, aunado a que tampoco milita probanza de la que se desprenda que organizó, intervino, o participó en la negociación directa o en la toma de la decisión de transferencia de los derechos fiduciarios a BANCALI, más allá de presentar oferta comercial a PROACERO, según las directrices de la junta directiva de la entidad para la que laboraba, y de que tampoco se encuentra acreditado que sus conversaciones con HUBANERGEN CORTES ARISTIZABAL y MELBA TELLO trasciendan más allá del plano comercial para estructurar un negocio fiduciario.

En efecto, el Despacho no halla motivos para establecer que únicamente de la existencia de la reunión sostenida entre el procesado con el abogado externo de BANCALI, CARLOS ANTONIO ESPINOSA PÉREZ de la firma DE VIVERO Y ESPINOSA ASOCIADOS, se pueda colegir que formó parte de un entramado para dar visos de legalidad a las operaciones posteriormente realizadas con BANCALI, más aun cuando el mismo ESPINOSA PÉREZ afirmó en las declaraciones del 3 de noviembre de 2000⁸³ y 13 de septiembre de 2006⁸⁴ que sostuvo la reunión en desarrollo del contrato de asesoría permanente con BANCALI para establecer si dicha entidad podía adquirir conforme a su estatus social los derechos fiduciarios de exportuarios de COLPUERTOS, y que SUÁREZ ESCOBAR le explicó la operación, la naturaleza de los derechos vinculados al patrimonio autónomo y las verificaciones realizadas, así como le entregó algunos conceptos de entidades financieras sobre la operación; dichos de lo que no se puede pregonar la presencia de un acuerdo entre estos abogados para establecer que el acriminado actuó como un eslabón consciente en la cadena de la determinación efectuada respecto de los servidores públicos con facultad dispositiva de los dineros públicos.

Reafirma lo anterior, lo dicho por DAVID TOLEDO ESQUENAZI en indagatoria rendida en el proceso adelantado en el Juzgado 2 Penal del Circuito de Descongestión FONCOLPUERTOS⁸⁵, donde señaló que un funcionario de CORFIPACÍFICO fue quien le comentó sobre el negocio fiduciario, y respecto de DIEGO SUÁREZ, adujo que éste se reunió con los abogados externos a efectos de la verificación del negocio, obteniendo certificaciones de los mandamientos de pago, a lo que se agrega lo manifestado en su injurada⁸⁶ por JORGE ALBERTO LLOREDA, quien señaló que SUÁREZ ESCOBAR se reunió con la firma DE VIVERO Y ESPINOSA ASOCIADOS en el mes de octubre para evaluar el negocio.

Adicionalmente, se subraya que dadas las circunstancias relatadas por el procesado y las pruebas en el plenario, la no participación en los trámites judiciales que lograron la expedición de las providencias dictadas por los Juzgados Laborales del

⁸³ Folios 212 y ss, C.O. 10 de juzgamiento.

⁸⁴ Folios 258 y ss, C.O. 22 de juzgamiento.

⁸⁵ Folios 215 y ss, C.O. 9 de juzgamiento.

⁸⁶ Folios 82 y ss, C.O. 12 de juzgamiento.

Circuito de Barranquilla, ni en sus intrínquilis administrativos previos, emerge como un aspecto que no permite colegir el conocimiento de la ilicitud de los factores deprecados y reconocidos en los aludidos pronunciamientos judiciales a simple vista, ni mucho menos de la falsedad en las actas de conciliación, mucho más cuando las actuaciones judiciales, podían generar legítimamente la errada convicción de encontrarse ante asuntos ajustados a derecho con títulos ejecutivos veraces, sumado a que no se puede desprender el conocimiento de la falsedad de la revisión acuciosa realizada en los expedientes laborales.

Por manera que además de detectar que las pruebas aportadas al plenario no tienen mérito para desvirtuar el dicho defensivo del procesado SUÁREZ ESCOBAR en su respectiva injurada, en la que adicionalmente se aprecian rasgos confesorios, esto es, manifestaciones mediante las cuales admitió haber obrado o concurrido objetivamente en los hechos acorde al sentido impreso a la investigación, haber participado de la estructuración de las fiducias y ser el que suscribió la oferta comercial a PROACERO, que derivó en la posterior disposición de dineros públicos por BANCALI, inclusive, el señalar que se conocían algunas noticias sobre falsedades en sentencias y mandamientos de pago, aunado a que vierte afirmaciones que de ningún modo resultan incoherentes, inverosímiles o catalogables de artificiosas, y sí consistentes entre sí y ajustadas a las reglas de la experiencia y al proceder humano, el Despacho no encuentra elementos de juicio que sometidos al embate de la valoración crítica conduzcan al conocimiento certero y exento de duda razonable en torno de la supuesta responsabilidad de este procesado atribuida por la Fiscalía, máxime cuando no es posible derivar convicción inconcusa en cuanto que el acriminado hubiere tenido ciencia de la ilegalidad del comportamiento que se le enrostra y de haber querido lucrarse o que terceros lo hicieran a expensas del Estado sin estar asistidos por el derecho.

En efecto, se detectan elementos en la indagatoria que permite derivar espontaneidad y coherencia en sus dichos, lo que genera confianza en lo expresado por el procesado, al no hallar también prueba de mérito que las derrumben, advirtiéndose, incluso, a relatar de manera detallada los pormenores de las operaciones en las que participó.

Incluso es posible apreciar dichos en la injurada que podrían desfavorecerlo, lo que en el marco del análisis que se realiza refuerza lo sostenido por el Despacho, esto es, que sus aseveraciones resultan creíbles y, a pesar del riesgo corrido con ello, asume y habla de forma libre acerca de la realidad por él conocida.

No obstante, se yergue el conraindicio generado a la luz de la presunción humana por haber contado con una formación profesional y académica en dichos asuntos. Empero, considera el Juzgado que este conraindicio de responsabilidad emerge sólo con carácter contingente leve, a partir de una estimación de deber ser, y no como una inferencia necesaria o al menos contingente grave, sumado a que no se evidencia su participación en otros asuntos relacionados con FONCOLPUERTOS.

A lo anterior, se agrega que el hecho de que no formase parte de la junta directiva de FIDUPACÍFICO o de las empresas vinculadas en este asunto, o que no hubiese asistido a las reuniones de dicho órgano para la toma de las decisiones relativas a estas fiducias, refuerzan la duda en torno de la responsabilidad del acriminado, y, ponen de presente elementos sobre la organización empresarial y jerarquía en la misma, así como de una mayor participación y fuerza directiva de la conducta de los presidentes ÁLVARO JOSÉ LLOREDA CAICEDO (presidente de CORFIPACÍFICO) y JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS (presidente de FIDUPACÍFICO), así como también de DAVID TOLEDO ESQUENAZI (gerente de BANCALI), cuyas condenas penales no son *per se* un fundamento que conduzca inexorablemente a predicar que por ello mismo el aquí acusado también ha de

declararse responsable de tales conductas, toda vez que el nexo subjetivo es individual.

Igualmente, se atisba como indicio de oportunidad en contra del acusado el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS como hecho notorio, factor que juega a favor de establecer su compromiso subjetivo en los hechos aquí examinados, pero de esta circunstancia no se puede deducir como única o más probable ni tampoco más plausible conclusión que por entonces tuviera pleno conocimiento de que las citadas actas de conciliación eran espurias y constituirían menoscabo para el erario, más aun cuando en este asunto la ilegalidad deriva, en ultimas, de la falsedad de actas de conciliación, cuestión que para diciembre de 1998, aun no era de público conocimiento, lo cual se dio a conocer entrado el año de 1999, para finalmente a través de la resolución 01 de 31 de mayo de 2000 se sacasen del orden secuencial de pagos por el GIT del Ministerio del Trabajo, debido a comunicación de la Fiscalía 15 Delegada sobre apertura formal de investigación el 17 de mayo de 2000⁸⁷.

En este punto, se agrega que si bien es cierto en el proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Barranquilla, donde se emitió mandamiento de pago el 24 de marzo de 1997, con base en el acta 2103 de 15 de diciembre de 1995, obra solicitud del 3 de septiembre de 1998 del apoderado de FONCOLPUERTOS, Lucas Sarmiento Castillo, relativa a la suspensión de procesos ejecutivos, en razón de denuncia penal interpuesta contra SALVADOR ATUESTA BLANCO por la presunta comisión de fraude procesal, falsedad ideológica en documento público, falsedad material de empleado oficial en documento público y uso de documento público falso en las actas de conciliación efectuadas en diciembre de 1993, solicitud que debió conocer SUÁREZ ESCOBAR en las verificaciones adelantadas, y que surge como un contraindicio en su contra; no menos cierto resulta que emerge como uno leve, ya que de esta circunstancia no se puede acreditar el pleno conocimiento de la espuridad de las actas de conciliación en cuestión con dicha comunicación de una denuncia, cuando sólo hasta el 31 de mayo de 2000 dichas actas fueron retiradas del orden secuencial de pagos, como ya se indicó.

En consonancia con lo anterior, respecto de la responsabilidad de SUÁREZ ESCOBAR, vale señalar que si bien es cierto la comunicación del 21 de diciembre de 1998, suscrita por la Coordinadora jurídica de FONCOLPUERTOS, LIBIA DEL SOCORRO ORTIZ LEMOS, donde se acusa recibo de las copias de los contratos de fiducia celebrados entre FIDUPACÍFICO y los exportuarios, indica que *“la documentación antes señalada será enviada en el inventario de esta oficina jurídica al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a fin de que sea tenida en cuenta dentro de cualquier trámite tendiente a la cancelación de los mandamientos de pago ya relacionados. No obstante, es importante aclarar que dadas las irregularidades y falsificaciones detectadas por la Fiscalía General a un gran número de mandamientos de pago y sentencias emanadas de Juzgados de Barranquilla, el Fondo no se compromete a ordenar su pago en caso de que resulten dobles pagos o sentencias y/o mandamientos falsos como soportes de los contratos de fiducia mercantil celebrados por ustedes”*⁸⁸; no menos cierto resulta que se aprecia como una advertencia general respecto de hipotéticos dobles pagos y falsedades de sentencias y mandamientos de pago, mas no como un señalamiento explícito de falsedad de las actas de conciliación contenidas en los contratos de fiducia, máxime cuando la misma LIBIA DEL SOCORRO ORTIZ LEMOS en su declaración⁸⁹ reafirma que en dicha comunicación realizó una advertencia general, ya que ella no estudiaba el contenido de las providencias judiciales u otras actuaciones, labor que fue designada por parte de la administración de MARÍA PIEDAD MOSQUERA

⁸⁷ Folio 111, C.O. 9 de juzgamiento.

⁸⁸ Folio 90, C.O. 9 de juzgamiento.

⁸⁹ Folios 50 y ss, C.O. 23 de juzgamiento.

ASTORQUIZA a la firma Arthur Anderssen frente a los contratos de fiducia y, respecto de actas de conciliación a Mario Lafont, como parte de las labores de verificación que realizadas por dicha gerencia de FONCOLPUERTOS.

A lo anterior se añade que fue ya con la puesta en marcha del aparato judicial que se obtuvo al interior del investigativo en el que se produjeron las manifestaciones de aquellas personas que no solamente conocieron de forma directa el entramado que circunscribió la elaboración de las actas espurias de conciliación, sino que también fueron artífices de las mismas, cuando se comenzó a tener elementos cognitivos certeros sobre tal clase de falsedad, como ha sido aquí probado, y que respecta a una época muy posterior al momento en que el procesado efectuó las gestiones enderezadas a concretar la estructura contractual de las fiducias bajo análisis, lo cual ratifica no se cuenta con elementos de juicio de los que emerja plena certeza de que, al menos, para ese momento preciso, esto es, para los instantes en que se fraguó la negociación que la postre menoscabó el erario, era de su dominio intelectual que los títulos de recaudo de los mencionados procesos ejecutivos sólo estaban revestidos de apariencia de autenticidad y que consistían meramente en creaciones ficticias.

En consecuencia, percibe el Despacho que concurren sin posibilidad de conciliación y sí en estado de choque insalvable e indirimible elementos de juicio a favor y en contra del procesado SUÁREZ ESCOBAR acerca de la responsabilidad que la Fiscalía y la Parte Civil pregonan del mismo, de modo que no puede este Estrado superar con razonabilidad la duda en cuanto que el mismo conociera plenamente que lo percibido ante la administración era ajeno y contrario a derecho, y que además tenía la finalidad de defraudar las arcas públicas vista la falta de fundamento jurídico.

Y es que no basta la autoría o participación objetiva en los asuntos de FONCOLPUERTOS para tener como demostrado que efectivamente se supiera que lo que se iba a reconocer carecía de asidero normativo y su reconocimiento era inviable, máxime cuando no obran los elementos de juicio suficientes para establecer con certeza que DIEGO SUÁREZ ESCOBAR formase parte del entramado criminal por el que fueron condenados ÁLVARO JOSÉ LLOREDA CAICEDO (presidente de CORFIPACÍFICO), JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS (presidente de FIDUPACÍFICO), y, luego a DAVID TOLEDO ESQUENAZI (Gerente de BANCALI).

Ahora bien, cuestionamientos que se pudiesen realizar a la legalidad del objeto de los contratos de fiducia, aun cuando no fuese expresamente imputada en la acusación, por comportar una “cesión” de derechos laborales, prohibida a la luz de los cánones 142 y 343 del Código Sustantivo del Trabajo, si bien pudiesen aquilatar la ilegalidad de la operación, no menos cierto es que no despeja los cuestionamientos en torno del conocimiento de la espuridad de las actas de conciliación por parte de SUÁREZ ESCOBAR, más aun cuando no constituyen el pábulo por el que se dispuso ilegalmente el peculio de BANCALI.

Por consiguiente, este Estrado no halla reunida la plenitud de elementos que habilitan emitir sentencia condenatoria contra el procesado DIEGO SUÁREZ ESCOBAR; y comoquiera que no se logró desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia que lo ampara, y que ante la duda imperante, de conformidad con los cánones 7° del CP y 232 del CPP, la única solución consiste en proferir fallo absolutorio en su favor, dispondrá lo pertinente.

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. 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.

Vale referir que el canon 21 del CPP no condiciona, y así lo ha reconocido la jurisprudencia tanto de la H. Corte Suprema de Justicia como de la H. Corte Constitucional, a la declaratoria de responsabilidad para poder adoptar las medidas necesarias para restablecer el derecho.

La Sala de Casación Penal, al resolver un asunto ateniendo al restablecimiento del derecho en la Ley 906, análisis aplicable *mutatis mutandi* a la Ley 600 de 2000, que cuenta normativamente con una redacción similar, adujo:

“(…) Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en precisar que el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, aún antes de la Ley 906 de 2004, es intemporal y en esa medida se puede realizar en cualquier momento de la actuación procesal, porque, como ahora lo señala la norma que viene de transcribirse, es independiente a la declaración de responsabilidad penal; por consiguiente, para que opere plenamente, basta con que esté demostrada la materialidad de la conducta o el tipo objetivo.
(Subrayado fuera del texto)

(…)

De lo acotado en precedencia se puede hasta el momento inferir: (i) el principio rector orientado al restablecimiento del derecho es intemporal dentro del proceso penal y no está supeditado a la declaratoria de responsabilidad penal; (ii) “el pleno restablecimiento del derecho” no necesariamente se debe reconocer en la sentencia sino en cualquier momento de la actuación en que aparezca acreditado en que obre, como ahora se señala en el artículo 101 de la L. 96 de 2004, un ‘convencimiento más allá de toda duda razonable’ sobre la materialidad de la conducta o en cuanto al tipo objetivo y (iii) en el decurso procesal se debe procurar por el pronto y efectivo resarcimiento, de modo que, como se señala en la sentencia C-060 de 2008, “se evite la continuación y/o la consumación de situaciones irregulares, así como la de los perjuicios que ellas injustamente causan” o, lo que es igual, no siempre debe ser pleno, sino que también procede con carácter provisional, en cuyo caso demanda la adopción de medidas inmediatas que no se pueden posponer hasta cuando se profiera alguna determinación con carácter definitivo en el proceso. (Subrayado fuera del texto)

(…)

Desde tal perspectiva ha de inferirse que las medidas de restablecimiento del derecho pueden ser de naturaleza personal, si recaen sobre las personas, o real, en caso de hacerse efectivas respecto de los bienes afectados con la conducta punible, pero, a su vez, pueden ser provisionales o definitivas dependiendo de su contenido, es decir, si tienen por objeto irradiar un manto de protección frente a un posible daño derivado de la comisión de una conducta punible, cuya índole es cautelar o meramente preventivo, o si apuntan a adoptar medidas definitivas tendientes a retornar las cosas a su estado original o predelictual, evento en el cual se exige un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad de la infracción o del tipo objetivo.

Los dos tipos de medidas son necesarias para materializar cabalmente los derechos de las víctimas, no sólo reconocidos en el ámbito constitucional y legal interno, al paso que han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia en las dos materias, sino, además, por múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado que propenden por la vigencia de los principios de verdad, justicia y reparación a su favor, consagrados entre otras disposiciones en los artículos 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 4 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 19 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,

49 a 52 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), 10 y 11 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 50 a 53 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), 129 y 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), título III, sección I y artículos 45, 46, 146, 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)⁹⁰

En este sentido, el máximo órgano constitucional en la sentencia C-060 de 2008, al resolver demanda en contra el canon 101 de la Ley 906, señaló:

Ello por cuanto, si bien se entiende que sólo al término del proceso penal puede existir certeza suficiente para justificar la definitiva cancelación de los títulos fraudulentamente obtenidos, no es menos cierto que dicha certeza bien puede haberse generado como resultado del debate probatorio surtido durante el proceso, aun cuando éste haya concluido, bien mediante sentencia absolutoria, bien por efecto de alguna otra decisión de las que supone la imposibilidad de continuarlo, como aquellas que implican la extinción de la acción penal, y todas las demás a que la Corte tuvo oportunidad de referirse páginas atrás.

En desarrollo del principio de conservación del derecho, ello conduce entonces a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión “En la sentencia”, bajo el entendido de que igualmente procederá la orden de cancelación definitiva de los títulos apócrifos cuando quiera que se dicte otra providencia que ponga fin al proceso penal.

En todo caso y para plena claridad, la Corte Constitucional advierte que en cualquier evento en que, de acuerdo con lo expuesto, la cancelación de los títulos apócrifos deba ordenarse en un contexto diferente al de la sentencia de fondo, dicha decisión sólo podrá tomarse en la medida en que, habiéndose permitido el pleno ejercicio del derecho de defensa y contradicción de quienes resultaren afectados por la cancelación, su derecho haya sido legalmente desvirtuado, lo que ocurre precisamente al alcanzarse el “convencimiento más allá de toda duda razonable” sobre el carácter fraudulento de dichos títulos, requisito cuyo rigor obviamente se mantiene, así no se logre la identificación, vinculación y condena de la o las personas penalmente responsables.

1. En el asunto concreto, observa el Despacho que los 8 contratos de fiducia junto con sus encargos fiduciarios en lo que tienen que ver con la concurrencia del abogado aquí acriminado y los hechos a él atribuidos, se sustentan en mandamientos de pago, que a su vez se fundan en actas de conciliación falsas, y, por ende, corresponden a actuaciones constitutivas del punible de peculado por apropiación generadoras de consecuencias jurídicas, que continúan surtiendo efectos jurídicos, máxime cuando se observa que no se halla acreditado que mediante decisión administrativa o de carácter judicial hubieren sido suspendidos sus efectos o revocado tales actuaciones.

Conforme a tal información y al no encontrar constancia de que dichos contratos fiduciarios y encargos fiduciarios señalados respecto de los hechos aquí investigados 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 así se frene la afectación reiterada al patrimonio estatal.

2. Ahora bien, por los motivos indicados, es menester advertir que respecto de los mandamientos de pago proferidos por los Juzgados Laborales del Circuito de Barranquilla contenidos en la precitada tabla contenida en el apartado 2 de “CONSIDERACIONES” de este fallo, no se encuentra prueba de su revocatoria. No obstante, ante la claridad acerca de la ilicitud contenida y materializada en esas providencias, dado adicionalmente el paso del tiempo desde dicha época, este

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Auto 28 noviembre de 2012, rad. 40246, M.P. JOSE LUIS BARCELO CAMACHO.

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 dichas decisiones frente a reclamaciones que se lleven a cabo con base en las mismas.

3. Con respecto a las actas de conciliación espurias, esto es, las actas de conciliación 2588, 2395, 2103, 1736, 1734, 1729, 1740 y 2586 datadas en diciembre de 1993, las cuales se señalan expresamente en la tabla detallada en el apartado 2 de las “**CONSIDERACIONES**” del presente fallo, es menester precisar que no es posible retirarles los efectos jurídicos y económicos en lo que se refiere, toda vez que al tratarse de creaciones mendaces que no fueron producidas en el decurso normal de un procedimiento legal y por la autoridad administrativa competente, corresponden a actuaciones carentes de existencia y, por ende, de tales efectos. No obstante, dado que fueron efectivamente exhibidos como prueba en procedimiento administrativo y/o judicial, podrían ser presentados nuevamente como título de recaudo, razón por la cual este Estrado, como medida de restablecimiento de derecho preventiva frente a este particular, dispone que en el evento de que tales documentos sean esgrimidos intentando su valor probatorio, no deben ser tenidos en cuenta por la autoridad administrativa o judicial competente para ese fin.

4. En esa medida, como conclusión de lo expuesto en este acápite, **se dispondrá dejar definitivamente sin efectos jurídicos y económicos los contratos de fiducia y encargos fiduciarios relacionados en la tabla en el apartado 2 de las “CONSIDERACIONES” del presente fallo, materializadas únicamente por la concurrencia del procesado**, comoquiera que se detectó la configuración de un comportamiento típico y antijurídico.

Se decretará **comunicar estas situaciones a dichas autoridades judiciales, a la dependencia competente de la Alcaldía de Santiago de Cali y a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP)**, para que, en lo que a cada una corresponde, 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.

IX. OTRAS DETERMINACIONES

En garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso, se decretará que la notificación de esta sentencia se efectuó mediante comisión a quienes no tienen domicilio en esta ciudad y no pueden comparecer directamente a este Despacho, mediante comisión acorde a la regla 84 de la Ley 600 de 2000, con miras a que el Juzgado Penal Municipal o del Circuito (o Mixto) competente de la respectiva municipalidad intente la notificación personal según el precepto 178 *idem*, especialmente observando el inciso 3° que reza “*La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga*”, motivo por el cual se remitirá con el despacho comisorio correspondiente solamente una copia de este fallo en texto físico impreso.

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

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

Esta determinación no es restrictiva, de modo que para notificar esta decisión también se utilizarán las vías ordinarias de Ley y, en la medida de la disposición, los mecanismos más expeditos y efectivos de comunicación, de trasmisión 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: ABSOLVER al señor **DIEGO SUÁREZ ESCOBAR** de los cargos que a título de determinador del delito de peculado por apropiación le fuere impuesto en la acusación objeto de este juzgamiento, por las razones explicitadas con antelación.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: 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 para lo de su cargo.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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