

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

CAUSA:	2021-00017
SINDICADO:	MARCO FIDEL SOLES CARRILLO
DELITO:	PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO
SUMARIO:	3961
DECISIÓN:	CONDENA

Sentencia N° 012.

Bogotá, D. C. 19 de octubre de 2023.

ASUNTO

Clausurada la vista pública en la presente causa con la presentación de los argumentos previos a la sentencia, en relación con la posible responsabilidad del procesado MARCO FIDEL SOLES CARRILLO como determinador del delito de peculado por apropiación agravado, y habiéndose descartado la existencia de circunstancias invalidantes que comprometan la actuación, procede el Despacho a emitir la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

HECHOS

Los eventos por los cuales se reprocha criminalmente al señor MARCO FIDEL SOLES CARRILLO, fueron concretados en la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, en la que se da cumplimiento a la orden emanada de la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Armenia en virtud de la que fue revocada la sentencia de 25 de enero de 1995 y la decisión ejecutiva adiada el 22 de febrero siguiente, proferidas dentro del mismo trámite por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, primera de las cuales que reajustó las vacaciones, primas de vacaciones, antigüedad y servicios, cesantías, salarios dejados de entregar y salarios moratorios, así como el incremento de la mesada al haber variado la base de liquidación, y reliquidación del mandamiento de pago teniendo en cuenta 29 días descontados por huelga del tiempo total laborado y presuntamente deducidos de forma irregular por la empleadora, orden atendida con resoluciones 1070 de 24 de mayo de 1995, que solventó el

mandamiento de pago de 22 de febrero de esa anualidad, 330 de 19 de febrero de 1996, que atendió la reliquidación del mandamiento de pago inicial acorde a decisión de 26 de julio de 1995, y 1350 de 25 de junio de 1996, que varió el importe de la mesada pensional del reclamante, alcanzándose el pago total de \$454'478.549,48, acorde a las estimaciones realizadas en referido acto administrativo de 2011.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Se trata del ciudadano **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO** portador de la cédula de ciudadanía 7.453.218, expedida en la ciudad de Barranquilla, natural de esa urbe donde nació el 25 de abril de 1950, contando en la actualidad con 73 años; hijo de MANUEL ALFONSO SOLES CASTILLO y ROMELIA CARRILLO DE SOLES (fallecidos), grado de instrucción cuarto año de bachillerato, de estado civil casado con la señora PERSEVERANDA SANGUINO NORIEGA, padre de cinco hijos, de ocupación pensionado de la empresa portuaria; residente en la Calle 11 F N° 1 B-45, barrio el Carmen del municipio de Malambo, número de abonado celular 310 632 61 16.

ACTUACIONES PROCESALES

Con decisión de 01 de febrero de 2013¹, la Fiscalía Octava Delegada de la Unidad Nacional Anticorrupción, Estructura de Apoyo para el tema de FONCOLPUERTOS, dio apertura a la etapa preliminar, oficiando a la UGPP y/o FOPEP para que informaran la forma en la que se beneficiaron con los pagos ordenados en las decisiones administrativas relacionadas en la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, así como el dato de los descuentos o reintegros que se hubieren efectuado respecto de los pagos detallados en ese acto administrativo y los datos de antecedentes penales que reportare el imputado en las entidades de seguridad del Estado.

Mediante providencia de 30 de abril de 2015², se declara la apertura de la instrucción respecto del ciudadano MARCO FIDEL SOLES CARRILLO, decretando la emisión de orden de trabajo tendiente a establecer mediante estudio la justeza de la liquidación final de prestaciones sociales, vincular al anunciado ciudadano a la investigación mediante diligencia de indagatoria, el recaudo de reproducción de la hoja de vida de éste, ejemplar del expediente adelantado ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla y estudio contable a la pensión del procesado en el que se establecieran los posibles perjuicios causados a la víctima. El 27 de junio de 2016, se recauda la diligencia de indagatoria en la ciudad de Barranquilla.

¹ Folio 79 del c. o. 1 de instrucción.

² Folios 133 a 135 del c. o. 1 de instrucción.

Seguidamente, el 01 de febrero de 2017³, mediante decisión de impulso se ordena reiterar el acopio de la reproducción de la causa laboral materia de investigación y del estudio contable requerido previamente al área respectiva del CTI de la Fiscalía General de la Nación, otorgando el lapso de 15 días para la remisión de las anotadas pruebas. Aperados los referidos elementos demostrativos, se dispuso la clausura de la investigación acorde a lo preceptuado en el artículo 393 de CPP y el agotamiento del lapso señalado en el mismo canon respecto de los sujetos procesales para que se presentaran los argumentos previos a la calificación.

El vocatorio a causa fue emitido el 30 de abril de 2020, en el que valorados los elementos probatorios agrupados en el expediente, se acusó al señor MARCO FIDEL SOLES CARRILLO como determinador responsable de la conducta delictiva de peculado por apropiación en las condiciones descritas a los largo del proveído, al haber percibido de forma irregular de la suma de \$454'478.549,48, decisión que cobró ejecutoria el 26 de julio de 2021, según la correspondiente constancia secretarial.

El expediente arribó a la sede de este Juzgado el 29 de octubre de 2021, procediéndose a asumir el trámite en fase de juicio mediante decisión de 24 de noviembre de 2021, en la que también se destinó el 25 de enero de 2022 para la práctica de la audiencia preparatoria, oportunidad en la que se decretaron algunas pruebas de oficio.

La audiencia pública fue evacuada en sesiones de 24 de febrero de 2022, en la que fue escuchado el procesado en interrogatorio, y 21 de abril de 2022, en la que se recaudaron los argumentos presentenciales.

En este punto vale resaltar que sólo hasta este momento se emite el presente fallo, atendiendo el 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

³ Folio 59 del c. o. 2 de instrucción.

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.

VOCATORIO A CAUSA

La decisión calificatoria fue proferida el 30 de abril de 2020⁴, providencia en la que se resumieron los eventos por los cuales se convoca a reproche criminal al señor **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO**, a partir del contenido de la resolución **2594** de 30 de noviembre de 2011, en la que se dispuso remitir los documentos pertinentes a las autoridades competentes para que se investigara el actuar del ciudadano ante las gestiones realizadas por el togado LUIS A. GUTIÉRREZ ALFARO, al haber alcanzado sentencia condenatoria en contra de la entidad portuaria el 25 de enero de 1995, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, en la que se ordenó reajustar las vacaciones, primas de vacaciones, antigüedad y servicios, cesantías y salarios dejados de entregar, así como el incremento de la mesada al haber variado la base de liquidación, condena en salarios moratorios y reliquidación del mandamiento de pago que dispusiera el pago de las anotadas condenas.

La acotada orden fue atendida con resoluciones **1070** de 24 de mayo de 1995, en mérito de la cual se dispuso el pago de \$117'653.511,46, acorde al mandamiento de pago de 22 de febrero de 1995, posteriormente entregado con Nota Débito 2085 de 30 de mayo de la misma anualidad, de la **330** de 19 de febrero de 1996, con la que se atendió la reliquidación del mandamiento de pago ordenada el 26 de julio de 1995, solventada con Nota Débito 1702 de 23 de febrero de 1996, así como de la **1350** de 25 de junio de 1996, con que se aplicó el incremento en la mesada pensional del investigado; anotando que la resolución 2594 de 2011, por medio de la cual se acató la orden revocatoria emitida en sede de consulta por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 28 de noviembre de 2003, en lo que concierne a la sentencia de primer grado y los actos ejecutivos proferidos posteriormente, derogó las anotadas decisiones administrativas; acto que ordenó el reintegro de **\$454'478.549,48**, que habían sido indebidamente erogados de los recursos públicos y se encontraba complementado por el memorando 668 de 28 de abril de 2011.

El reproche que se efectúa al procesado, acorde a las manifestaciones hechas en el pliego acusatorio, radica en el hecho de haber promovido varias reclamaciones teniendo por finalidad el incremento injustificado

⁴ Folios 179 a 210 c. o. 2 de instrucción.

de sus percepciones dinerarias, las cuales inició sin contar con respaldo para su formulación, de las que devinieron las irregulares erogaciones, resaltándose que aun cuando se anota una presunta diversidad de actuaciones criminosas, dentro de los eventos relacionados a lo largo del vocatorio únicamente se identifica aquel que dio lugar a la sentencia de 25 de enero de 1995, del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla.

El basamento de la anotada causa laboral giró en torno a la solicitud de reconocimiento de 29 días descontados del tiempo total de servicios a órdenes de la empresa portuaria, que se aplicaran por haber participado en huelga, que el procesado manifiesta no tuvo lugar, así como a partir de la necesidad de integrar en debida forma los valores recibidos en el último año laborado, dentro de los que se omitió agrupar aquellos relacionados con diferencia de prima de servicios y uniformes; en la antedicha decisión de instancia se ordenó el reajuste de las vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, cesantías y salarios dejados de percibir.

La improcedencia del aludido reclamo se concreta en la irregularidad de los renglones tenidos en cuenta por el Juzgado para impartir sentencia en contra de la entidad demandada, pues además de advertirse la debida estimación de las percepciones dinerarias entregadas al término de la relación laboral en experticio practicado por personal especializado a la liquidación de prestaciones sociales, advirtiéndose, inclusive, mayores valores pagados en favor del procesado, el Estrado Judicial fallador integró elementos que carecían de consagración normativa, generando detrimento en los recursos públicos; situación que acota, sólo hasta el agotamiento del grado jurisdiccional de consulta fue advertido y enderezada la situación a derecho, bajo el criterio que la Convención Colectiva de Trabajo (en adelante CCT) vigente para cuando se dio el retiro del reclamante no reposaba en el expediente laboral, así como en el hecho que el descuento efectuado por la empresa respecto de los días en los que se llevó a cabo la huelga contaba con amparo de orden normativo en el artículo 46 del Decreto 2147 de 1945, que establecía las causales de suspensión del contrato de trabajo en sus numerales 6º y 8º.

En suma a lo anterior, anota la persecutora que la providencia judicial fue sometida a cobro sin que se hubiere producido su ejecutoria, comoquiera que no se agotó el grado jurisdiccional de consulta ante el superior funcional, erigiéndose otra irregularidad en el asunto analizado.

Por manera que ante la advertida ausencia de soporte circunstancial y fáctico en el reclamo que el acriminado acometió, el cual estuvo efectivamente dirigido a que a partir de la reamortización de sus prestaciones sociales, incremento de la mesada pensional e imposición

de sanción moratoria se destinaran indebidamente recursos públicos administrados por la entidad portuaria, se arribó con evidente dolo a las resultas del trámite judicial al que se ha hecho referencia, proceder que constituye un efectivo detrimento al erario y que ameritó el llamamiento a juicio como presunto determinador de la conducta sindicada, modalidad de coparticipación en torno a la cual realiza algunas precisiones de orden normativo; finalizando con el señalamiento criminal en la anotada calidad de determinador del reato de peculado por apropiación en las condiciones y particularidades descritas a lo largo del proveído, absteniéndose de gravarlo con medida privativa de la libertad; providencia que acorde a las constancias obrantes en el infoliado, cobró ejecutoria el **26 de julio de 2021**⁵.

ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

La exposición de los argumentos presentenciales se dio en sesión de audiencia pública evacuada el 21 de abril de 2022, en los siguientes términos.

El representante de la Fiscalía.

El Delegado de la agencia Fiscal dio inicio a su intervención solicitando la emisión de sentencia condenatoria en contra del procesado, teniendo en cuenta las pruebas que a lo largo del trámite se han apercido al expediente, a partir de las cuales se arriba a la certeza de la responsabilidad de éste, pasando a realizar algunas precisiones en torno a los eventos que dieron lugar a la investigación, memorando la compulsa de copias en la que se dispuso la remisión de la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, relacionada con la revocatoria ordenada por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Armenia respecto de la sentencia de primera instancia adoptada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla que benefició al procesado con la reliquidación de prestaciones sociales a partir del reconocimiento de 29 días descontados por la empresa del tiempo total laborado, pasando a mencionar las decisiones administrativas que dieron cumplimiento a la comentada orden judicial y que dispusieron diferentes pagos a partir de los dineros públicos con destino al patrimonio del encausado.

Comenta que la condena en contra de la entidad portuaria se dio pese a que dentro del proceso se encuentra demostrado que al término de la relación laboral el reclamante se hallaba debidamente liquidado, alcanzando la indebida erogación de sendas sumas dinerarias que en conjunto ascendieron a \$454'478.549,48; realiza un análisis de los fundamentos acogidos por el Tribunal que atendió el asunto en consulta,

⁵ Dorso del folio 210 c. o. 2 de instrucción.

de los que resalta el hecho que ningún amparo de orden normativo o fáctico acompañaba al procesado para pretender variar sus percepciones dinerarias teniendo como fundamento los días descontados por la empresa en derecho, aparejándose la improcedencia de reajuste de las demás prestaciones sociales, mesada pensional e imposición de salarios moratorios, últimos de los que menciona, no fueron producto de la comprobada mala fe de la empleadora en el impago de los derechos prestacionales del exoperario.

El delegado Fiscal realiza algunas precisiones en torno a la solicitud de pago de uniformes y calzado que expresamente se efectuara en la demanda el sindicado, aspecto que considera se halla desprovisto de elementos normativos que autoricen su reconocimiento, pues dicho pago no puede ser considerado como integrante de salario al adolecer de consagración de este tipo en las normas tanto legales como convencionales; pasa a mencionar que la preceptiva sustantiva en virtud de la cual se debe analizar el proceder del señor SOLES CARRILLO debe ser la Ley 599 del 2000, teniendo en cuenta que los efectos adversos en los recursos públicos se extendieron hasta 2011, cuando en virtud de la decisión administrativa que daba aplicación a la revocatoria cesaron los efectos lesivos que se prolongaron con el pago indebidamente incrementado de la mesada pensional, dando lectura al artículo que describe la conducta reprochada y la consecuencias dinerarias que de ésta se derivan.

Consolidada tanto la materialidad de la conducta, como el compromiso del procesado en las resultas reprochadas, al haber realizado lo que estaba a su alcance para determinar a las autoridades judiciales y directivos portuarios para que se destinaran rubros que se hallaban bajo su administración y guarda con destino al incremento de su patrimonio, se tienen reunidos los requisitos que acorde al precepto 232 del CPP, se reclaman para proferir decisión de carácter condenatorio en su contra, realizando algunas precisiones en torno a la calidad de determinador por medio de la cual acudió el convocado a la comisión de la conducta reprochada, culminando su intervención con la solicitud de que se extraigan del tráfico jurídico aquellos actos administrativos que en la actualidad se encuentren vigentes y que pudieren representar vulneración a los intereses del Estado.

La Parte Civil.

La apoderada de la víctima realiza algunas precisiones de cara a los orígenes de la investigación, mencionando los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso la entrega de dineros públicos en beneficio del procesado, así como las pretensiones formuladas en la demanda que dieron lugar a la emisión de la decisión judicial que dio origen a los indebidos pagos, replicando lo mencionado por el

representante de la Fiscalía cuando detalló los eventos investigados y las consideraciones acogidas en sede de consulta.

Las anotadas irregularidades se afianzan a partir del estudio contable que fue rendido por personal especializado en etapa de investigación, el cual da cuenta de la justeza de la liquidación oportunamente realizada por la entidad portuaria, en la que inclusive, le fueron liquidados rubros por encima de lo debido en derecho al procesado; no obstante, éste, por intermedio de su apoderado judicial, a sabiendas de que no contaba con procedencia efectuar reclamos de ninguna índole en contra de la empresa, decide demandar la reamortización de sus prestaciones sociales teniendo como fundamento la ya anunciada inclusión de los días debidamente descontados por la empresa portuaria, percibiendo réditos de su ilícito actuar hasta después de la revocatoria proferida en consulta, pues aun sabiendo del sentido de la misma, siguió cobrando de forma habitual la mesada pensional que había sido indebidamente incrementada.

Por lo expuesto, reclama la emisión de sentencia de carácter condenatorio en contra del procesado al hallarse reunidos los requisitos para ello, mencionando que aunque en virtud de la decisión que dio aplicación a la revocatoria en sede de consulta se dejaron sin efectos jurídicos y económicos los actos administrativos lesivos, de encontrarse necesario adoptar medidas de restablecimiento del derecho, solicita al Juzgado se proceda de conformidad para evitar futuros detrimentos por otras vías, debiéndose condenar al pago de los perjuicios que se encuentren demostrados.

La Defensa.

El procesado presente en la diligencia manifestó delegar la exposición de los argumentos presentenciales a su representante defensivo, profesional quien solicitó el proferimiento de sentencia absolutoria en favor de su defendido, teniendo en cuenta que del material probatorio apercibido al expediente no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que lo cobija; previo a abordar la mencionada temática relativa a la ausencia de responsabilidad del señor SOLES CARRILLO, el protector técnico expone los derroteros que dirigen a la necesidad de declarar la prescripción de la acción penal, basado en que la Fiscalía en el pliego calificadorio no imputó de manera expresa la circunstancia de agravación punitiva asignada por la cuantía de lo presuntamente apropiado, de donde se colige que se le formuló el delito simple, por lo que teniendo en cuenta la fecha de la resolución de acusación de 30 de abril de 2020, la cual considera la fecha de ejecutoria de la misma al no haber sido recurrida por los sujetos procesales.

Aterrizando su tesis al caso concreto, anota que las condenas que se impusieron a la entidad portuaria fueron pagadas mediante notas débito 2085 de 30 de mayo de 1995 y 1702 de 23 de febrero de 1996, datas que considera el togado, se plantan como consumativas del reato que se imputa a su defendido y desde las que se debe contabilizar la ocurrencia del anotado instituto procedimental, pues apreciados de cara a la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, 30 de abril de 2020, han transcurrido más de 26 años respecto de cada una de las fechas analizadas; la conducta que se reprocha a su cliente fue objeto de un solo mandato judicial, por un solo concepto que dio lugar a la un solo proceso, luego no se puede tener como extendidos en el tiempo los efectos de la conducta como pretende hacer la persecutora, citando, como sustento de su dicho, pronunciamiento de la Fiscalía 55 Seccional de la Unidad de apoyo para FONCOLPUERTOS, en la que se acogió postura homóloga a la que exhibe.

Por otra parte, de cara a la presunta responsabilidad que le es atribuida a su procurado, anota que el señalamiento criminal que efectúa la Fiscalía radica en el hecho de haber adelantado proceso en contra de la entidad portuaria ante el desconocimiento de sus derechos prestacionales, aspecto que estima, se trata del libre derecho al acceso a la justicia que le asiste al señor SOLES CARRILLO y que considera no puede ser desconocido por la agencia Fiscal; la sentencia de primer grado fue revocada en sede de consulta teniendo en cuenta deficiencias de forma, al presuntamente haberse omitido adosar en debida forma la reproducción de la CCT vigente para el momento del retiro del trabajador, mas no por vicios de fondo que revelaran que lo pretendido en la demanda adolecía de sustento normativo o circunstancial, aspecto que siendo de obligatoria discusión dentro el pliego de cargos, la Fiscalía de forma perezosa omite para dar por sentado que los ruegos del procesado en esa causa penal no contaban con asidero convencional o legal.

Lejos de atender los necesarios requerimientos demostrativos que comprobaran la existencia de conducta con entidad delictiva, la agencia Fiscal se limita a reproducir el sentido de la sentencia adoptada en consulta, dejando igualmente de lado la ineludible comprobación de la presunta determinación que su prohijado ejerció respecto de quienes ostentaban la guarda de los recursos públicos, acorde a los parámetros que jurisprudencialmente se han establecido para que se entienda su concurrencia, llamando al Juzgado a corroborar la ausencia de elementos de los que se desprenda la configuración de la determinación que frecuentemente la Fiscalía deja desprovista de comprobación, pues si algo ha quedado claro en el expediente es el hecho de que su cliente nunca estuvo presente en el trámite procesal laboral y no acudió a las oficinas de la empresa portuaria en esta capital, por lo que si de su reclamo se derivara alguna consecuencia delictiva, ésta debe ser

atribuida al abogado, quien siempre estuvo frente a las gestiones relacionadas con el poder que el primero le extendiera, resaltando que su cliente siempre ha manifestado en sus salidas procesales que fue el abogado quien lo asesoró respecto de la procedencia del reclamo y redactó de forma personal las solicitudes dirigidas al reconocimiento de sus derechos.

En torno a los 29 días descontados por la huelga, evoca las afirmaciones hechas por su apadrinado en sesión de audiencia pública, en las que al hacer referencia a aquellos que la empresa le había descontado del total laborado, adujo haberlos trabajado por fuera de los 20 años de servicio a sabiendas que no iban a ser pagados, pero con clara intención de completar el tiempo para acceder al beneficio pensional, desconociendo que el abogado hizo la reclamación de éstos en la demanda, pues lo que recuerda era haber echado de menos el pago relacionado con el recargo del 75% al que tenía derecho por desempeñarse en una plaza de asignación especial, versión en la también hizo referencia a la ajenidad que siempre tuvo frente al trámite judicial, pues el abogado sólo lo contactó hasta el final del proceso cuando les informó a él y a otros compañeros la posibilidad de que se efectuara el pago.

Enfatiza el abogado que el hecho de haberse librado un único poder por su representado para el reclamo de sus derechos es indicador de la ausencia de compromiso, pasando a efectuar algunas precisiones en torno a la figura del determinador y las líneas jurisprudenciales que han establecido parámetros para su consolidación, que resalta, no se encuentran presentes en el asunto que se examina.

Pasa a hacer una referencia literaria relativa al cuestionamiento que puede generarse en la administración de justicia a partir del proferimiento de providencia absolutoria y la presunta admisibilidad de una de talante condenatorio, haciendo referencia a la necesidad de emisión de sentencia absolutoria y, en caso de no atenderse este pedimento, se tenga en cuenta los descuentos que periódicamente ha venido aplicando la UGPP a la pensión de su representado, por lo que mal se haría aplicar sanción por perjuicios cuando estos se han deducido de la nómina, con lo que da por terminada su intervención.

CONSIDERACIONES

En vista que el presente diligenciamiento se halla en etapa de emisión de sentencia de primera instancia y atiende a la probable comisión de la conducta punible de peculado por apropiación en las condiciones de la acusación, 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.

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

Sin embargo, atendiendo el principio de prioridad, se hace necesario decidir en primer lugar lo pertinente al cuestionamiento realizado por la bancada de la defensa en torno a la supuesta operancia de la prescripción de la acción penal, ya que en el evento de prosperar, se desencadenaría el respectivo ajuste en derecho que haría inviable pronunciarse parcial o totalmente en torno de los tópicos centrales de la sentencia, de conformidad con las postulaciones realizadas en curso de los argumentos presentenciales.

De este modo, teniendo en cuenta la rogativa que en torno a este aspecto postulara el representante defensivo, en la cual depreca se tenga en cuenta que los eventos que cimentan el adeudo criminal formulado a su prohijado tuvieron un único momento de consumación acaecido con la emisión de las decisiones administrativas 1070 de 24 de mayo de 1995, que dispuso el pago de \$117'653.511,46, entregados con Nota Débito 2085 de 30 de mayo de la misma anualidad, y 330 de 19 de febrero de 1996, con la cual fue solventada la reliquidación del mandamiento de pago, atendida con Nota Débito 1702 de 23 de febrero de 1996, al considerar que en los anunciados actos se agotó el comportamiento reprochado, pues en su sentir no es viable acoger la tesis de la Fiscalía atiente a la presunta extensión de los efectos delictivos a partir de la variación del importe de la mesada pensional, alegando el fenecimiento de la acción penal por prescripción en observancia de los preceptos procedimentales que rigen este instituto, sin que realizara mención expresa en torno a la norma que temporalmente le es aplicable a la anotada situación, y advirtiendo que desde la época en que se dieron los pagos a la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación transcurrieron más de 23 años.

Frente a la solicitud del togado, ha de tenerse en cuenta dos aspectos en los que se fundamenta, el primero de ellos, relativo a la data de ejecutoria de la resolución de acusación, la cual refiere se produjo en la fecha de su emisión, al no haber sido recurrida por alguno de los sujetos procesales, planteamiento en torno al cual emerge necesario memorar

el contenido del precepto 187 del CPP el cual indica respecto de la firmeza de las decisiones que:

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

Teniendo en cuenta el tenor de la norma, que el asunto no fue objeto de interposición de recursos y que las constancias obrantes en el expediente dan fe de la fecha en que se dio la ejecutoria de la decisión acusatoria, se aprecia que las afirmaciones del togado se alejan de los baremos normativos y de la realidad procesal, comoquiera que no se puede tener como data de firmeza del vocatorio aquella en que fue emitido, cuando en el reverso de la última hoja de esa decisión, y habiéndose agotado los respectivos actos de notificación, se consignó sello a modo de constancia del acaecimiento de ese instante procesal el 26 de julio de 2021, fecha claramente posterior a la que anuncia el representante defensivo en su esbozo.

En segundo lugar, respecto de la extensión de los efectos jurídicos y económicos del reato imputado al señor SOLES CARRILLO y las precisiones hechas por su defensor, se considera importante citar aparte de la providencia emitida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia de 01 de julio de 2020, dentro del radicado 51.444, en el que es M.P. el Dr. Eyder Patiño Cabrera, en la que al abordar la anotada temática sustantiva con efectos procesales dentro de un asunto homólogo y con apoyo en decisiones del mismo talante y posición, consideró:

“No obstante, razón le asistió a la Corte al señalar en la sentencia en comento que no es posible la modalidad continuada cuando las distintas acciones hacen parte del agotamiento de la referida conducta punible, como lo serían las mesadas o incrementos pensionales en el punible de peculado por apropiación, pues, en ese caso, no se trata de un injusto unitario progresivo, integrado por la ejecución parcial de acciones u omisiones, que se suman, atendiendo el plan del autor, sino de la obtención de los objetivos perseguidos con la conducta.

Sobre el particular, la Corte, en la decisión reseñada reiteró que, cuando la defraudación es el resultado de una decisión de un juez o funcionario administrativo que tiene la disponibilidad jurídica del erario público, y ella involucra el pago periódico de una obligación de tracto sucesivo, la consumación formal de la infracción se produce con el primer 105 En este sentido, STS 76 31, mar. 2006, RJ. 2006-490. Casación 51.444 RAFAEL MIZRACHI MILHEN Y OTROS 105 desembolso, pero los pagos subsiguientes

hacen parte de los efectos diferidos del punible. Al respecto, es oportuno resaltar el siguiente fragmento de la sentencia CSJ SP 21 mar. 2012, rad. 38384 –reiterada en CSJ SP, 26 jun. 2013, rad. 38.879 y CSJ SP194 14 feb. 2018, rad. 51233, entre otras-:

...estamos frente a un delito de ejecución instantánea, pero de efectos patrimoniales diferidos, pues se trata de una conducta punible que si bien concreta su resultado de consumación con la primera erogación, creó un estado antijurídico solo determinable con el paso del tiempo.

A pesar de que cada evento, individualmente considerado, representa efectiva lesión al bien jurídico de la administración pública, el daño total, o mejor, la visualización global de los efectos patrimoniales consecuentes a la decisión del funcionario judicial, sólo puede definirse a partir de la suma de esos pagos parciales.

(...)

Se insiste, al proferir cada una de las sentencias (...) dispuso el pago de incrementos pensionales a favor de los demandantes, en las cuantías que el mismo acusado señaló; y ordenó que esas cantidades se siguieran cancelando en adelante, lo cual permite determinar, de una vez, que la cuantía de lo apropiado no puede fijarse por las cantidades inicialmente entregadas, sino por todos los valores que alcanzaron a cobrar los ex trabajadores amparados en los fallos, es decir, autorizados por una orden judicial. Y, se releva, no es posible escindir ninguno de los pagos periódicos, de la decisión – acto de disposición jurídica único atribuido al procesado – que conforma la conducta punible por la cual se acusó al funcionario judicial.

Si se dijera, por ello, que lo ilícitamente apropiado corresponde apenas a lo que se pagó en calidad de retroactivo pensional, debería significarse, de un lado, que la disponibilidad jurídica sobre los bienes es fragmentada en el acusado, y del otro, que esos otros dineros periódicamente pagados tienen fuente legal, o cuando menos, que la posibilidad de recuperación se halla en el limbo porque no obedecen al acto delictuoso examinado.

Cada uno de esos pagos posteriores no implican la consumación de delitos autónomos –concurso homogéneo-, ni integran un único delito continuado, a la manera de Casación 51.444 RAFAEL MIZRACHI MILHEN Y OTROS 106 agravación cuantitativa en unidad de conducta final en sentido amplio, respecto de un plan previo, sino el agotamiento del delito único de peculado por el monto total de lo desembolsado, porque el agente solo habrá ejecutado el comportamiento reprochado una única vez, esto es, formalmente cuando dispuso ilegalmente de los bienes sometidos a su custodia y reconoció el derecho ilegítimo y materialmente al producirse el pago de la primera erogación, por manera que el pago fraccionado de la prestación económica corresponde a la consecución de la finalidad ilícita".

Las precisiones efectuadas por esa H. máxima Colegiatura derruyen lo planteado por el representante defensivo en lo atinente a la presencia de un único instante de consumación de la conducta señalada, que se

memora, pretende ubicarla en la fecha de los pagos en favor del procesado y desconocer el impacto del comportamiento con posterioridad al haber también obtenido incrementos en la mesada pensional y sus respectivos pagos hasta cuando las resoluciones fueron efectivamente dejadas sin efectos.

Así, si bien es cierto en manera alguna se desconoce que el peculado es un ilícito de ejecución instantánea, no menos lo es que tampoco puede ignorarse que en casos como el presente aparece una serie de repercusiones en el peculio nacional que impone plantar la época o fecha de la cesación de sus efectos nocivos como el momento desde el cual ha de computarse el lapso prescriptivo, pues de no ser así se avalaría la tesis de la defensa que, por cierto, ya ha tenido amplia, iterada y pacífica corrección jurisprudencial en el sentido aquí sostenido, de modo que las consecuencias nefastas y posteriores sobre el erario no serían penalmente perseguibles y el reato se limitaría al primer pago, con lo cual se abriría una muy reprochable patente de corso a quienes hubiesen conseguido incrementos injustos y desproporcionados con las mesadas que luego le fueron canceladas en comparación con lo que, por ejemplo, hubiere alcanzado por meros retroactivos, quedando excluido del ilícito todo aquello percibido con posterioridad, postura inaceptable que además de fracturar el principio de unidad fáctica transforma caprichosamente lo ilícito en legal.

Así las cosas, se tiene demostrado que a partir de los pedimentos formulados por el procesado por intermedio de su representante judicial se alcanzó no sólo la erogación de sumas retroactivas derivadas del reajuste de las prestaciones sociales y sanción moratoria, con la posterior reliquidación del mandamiento de pago inicial, como lo aduce la defensa, sino que también se aseguró el incremento de las mesadas que a futuro se produjeran, extendiendo los efectos del reato que se le sindicaba hasta la data en que acorde a la decisión administrativa 2594 de 30 de noviembre de 2011, que dispuso la aplicación de la orden revocatoria del fallo de primera instancia y los actos ejecutivos posteriores dictada en consulta, instante en que dejaron de generarse los pagos irregulares, comprobándose la disposición material de los dineros públicos de manera prolongada como consecuencia del proceder del señor SOLES CARRILLO.

De estas conclusiones se desprende que el monto erogado en virtud de las mencionadas decisiones administrativas, el cual fue debidamente identificado en la resolución 2594 de 2011, y el memorando 668 de 28 de abril de la misma anualidad, que hace parte integral del primero, asciende a \$454'478.549,48, equivalentes a 848,48 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (en adelante SMLMV); circunstancia que siendo de conocimiento de las partes desde los mismos albores de la investigación y no refutada de forma irrefutable a lo largo del trámite por

la defensa, se tiene como el importe de lo percibido por el procesado a partir del trámite judicial que se le indica, lo que igualmente permite establecer que el encuadramiento típico corresponde al de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, y aunque no fue mencionada la calidad agravada del injusto de forma taxativa en la resolución de acusación, en su texto fue transcrita en su totalidad la norma 397 del CP, que incluye el inciso 2º tocante a dicha circunstancia de agravación, la 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".

Las apreciaciones detalladas en el pliego de cargos conducen al Despacho a corroborar la ausencia de aspectos ambiguos de los que se puedan desprender interpretaciones diversas o entendimiento difuso del texto del mismo, del que por ejemplo, se pueda pensar que era otra la conducta materia de reproche y que a estas alturas revista fundamento de hecho o de derecho del que se pueda derivar la degradación a conducta peculadora simple o atenuada, como lo ha afirmado insustancialmente el defensor.

De hecho, encontrándose probados los valores erogados por la Nación y las repercusiones de la conducta desplegada por el señor SOLES CARRILLO, se estima necesario hacer algunas puntualizaciones en torno de la circunstancia específica de agravación por cuantía superior a 200 SMLMV, con apoyo en la decisión de segunda instancia calendada el 21 de febrero del año 2013, con la que la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá sostuvo, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, dentro del radicado 110013104-050-2011-01145-01, también adelantado por temas relacionados con Foncolpuertos, lo siguiente:

"Ahora, frente a la inconformidad del procesado en el sentido de que no le era permitido a la primera instancia agravar la conducta por la cuantía porque dicho aspecto no fue considerado en la parte resolutive del pliego de cargos, advierte la Sala, que esta apreciación es incorrecta, dado que en su texto se observa que el instructor además de aludir

expresamente al valor apropiado, en el acápite de la calificación jurídica transcribió los incisos primero y segundo del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 de los cuales, el último señala el agravante por la cuantía, disposición que más adelante en la misma providencia reiteró al referirse a la preclusión de la investigación. Por consiguiente, no se evidencia imposición de elemento novedoso en la calificación jurídica que deba atribuirse al juzgado de conocimiento." (Subrayado del Despacho)

Este criterio fue reiterado por dicha H. Corporación en decisión de 12 de julio de 2018, en donde aquella Sala de Decisión con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najjar Moreno, dentro del radicado 110013104-016-2011-00188-11, en asunto también relacionado con Foncolpuertos, afirmó lo siguiente:

"... y si bien, la correspondiente agravante no se consignó en el capítulo resolutivo de la acusación, tal situación per se, de ningún modo comporta su exclusión del cargo en comento, cuando la Fiscalía no solo la estructuró de forma clara e inequívoca en sus consideraciones a través de la precisa narración de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino que procedió también a su adecuación típica en la norma respectiva, como se deduce de la transcripción literal en el acápite pertinente del inciso 2° del artículo 397 del Código Penal..."

Bajo estos derroteros, aprecia este Juzgado que la postura definida por el superior funcional en esos casos sigue la doctrina jurisprudencial sentada y reiterada por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia que, en cuanto Tribunal de cierre, por ejemplo, en providencia adoptada el 12 de septiembre de 2007, dentro del radicado No. 21390, con ponencia del H. M. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, afirmó:

"La Sala ha enfatizado en que la resolución de acusación requiere inequívoca imputación jurídica, debiéndose precisar el supuesto fáctico que configura la conducta con sus circunstancias a fin de que sean deducidas en el fallo, "sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación". (Decisión del 23 de septiembre de 2003. Radicación 16320)." (Subraya el Juzgado)

De estos asertos se advierte con toda claridad que el llamamiento a juicio encierra las premisas fácticas y jurídicas referentes, respectivamente, al señalamiento de la norma sustantiva represora que consagra el tipo penal de peculado por apropiación incluyendo su modalidad agravada por cuantía superior a 200 SMLMV, y el monto de la defraudación objeto de investigación, el cual conforme al pliego de cargos supera con creces los 200 SMLMV para la conducta presuntamente peculadora investigada,

razón por la cual no es de recibo la alegación formulada por la defensa sobre el particular.

Entonces, la acusación da razón eficaz y válida de que la imputación del cargo apareja la circunstancia fáctica y jurídica de agravación por cuantía superior a 200 SMLMV del comportamiento peculador atribuido al acusado, y se enmarca dentro de la descripción típica de peculado por apropiación agravado, proceder del que se precisa, inició su ejecución cuando regía el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, con la modificación introducida en el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, última que fue reproducida en su integridad por el artículo 397 del CP, el cual fue transcrito en su literalidad en precedencia, con una variación que hace a esta última más benéfica que la anterior, ya que establece que si lo apropiado supera los 200 SMLMV, la sanción pecuniaria no puede exceder los 50.000 SMLMV, tope que no existía en regencia de Decreto Ley 100 de 1980 modificado por la Ley 190 de 1995. Por lo que en observancia del principio de favorabilidad y la extensión de los efectos de la conducta en el tiempo, será ésta última la norma aplicable al presente asunto.

Así las cosas, partiendo de la unidad fáctica que envuelve el actuar del procesado, materializado en las comentadas resoluciones 1070 de 24 de mayo de 1995, 330 de 19 de febrero y 1350 de 25 de junio de 1996, última que dio lugar a que los efectos jurídicos y económicos de la conducta investigada se prolongara hasta el 30 de noviembre 2011, será esta última data desde la cual se contabilizará el término prescriptivo de la acción penal en atención al reclamo de la defensa y al contenido de las normas 83, 84 y 86 del CP que regulan la figura de la prescripción de la acción penal, y establecen que ésta se materializa en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la Ley, sin que en ningún evento pueda superar los 20 años o ser inferior a 5 años en etapa instructiva, lapso que respecto del lindero superior se planta en la mitad en etapa de juicio, y que en las conductas punibles que sólo alcancen el grado de tentativa, el interregno respectivo comenzará a correr desde la perpetración del último acto. En cuanto a la interrupción del término prescriptivo, el canon 86 del CP establece que esta figura acaece con la ejecutoria de la resolución de acusación.

En el caso que se examina, se tiene que el último acto perpetrado tuvo ocurrencia con la cesación de los efectos jurídicos y económicos del proceder reprochado, que, como se ha mencionado reiteradamente, se dio con la emisión de la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, data desde la que deben ser contabilizados los 20 años con los que acorde a los baremos normativos se contaba para el agotamiento de la fase investigativa, la cual culminó con la ejecutoria de la resolución de acusación acaecida el 26 de julio de 2021, apreciándose que dentro de los comentados extremos se contienen tan solo 9 años, 7 meses y 26 días,

por manera que el instituto analizado no tuvo ocurrencia en etapa de instrucción, como equivocadamente demanda la defensa.

De otro lado, frente a la consolidación de la prescripción en etapa de causa, cuando se cuenta con la mitad del máximo del término sancionatorio para su agotamiento, computado desde la ejecutoria del vocatorio a juicio y que en el presente caso se implanta en 10 años, se aprecia que desde la mentada fecha a la actualidad han transcurrido 2 años, 2 meses y 22 días, circunstancia que descarta la ocurrencia del evento en este estadio procesal y derruye el pedimento del defensor.

De lo corroborado se aprecia la improcedencia de la declaratoria de prescripción de la acción penal rogada por el protector técnico. Por lo que encontrándose establecido el debido encuadramiento típico en la calificación jurídica provisional, se declarará la negativa al ruego de la defensa en el aparte respectivo de esta decisión y se proseguirá con el estudio de los eventos objeto de juicio.

A continuación se detallarán aquellos medios demostrativos de interés para arribar a un juicio certero que apoyen la presunción de inocencia invocada por la defensa, o si por el contrario, acorde a las precisiones realizadas por la Fiscalía y la Parte Civil, esta máxima se encuentra desvirtuada y es la condena la que habrá de abrirse paso, en observancia de los derroteros contenidos en el precepto 232 adjetivo, de suerte que acorde a los cánones 29 superior y 7° instrumental, toda duda al respecto debe resolverse en razón de la presunción de inocencia a favor del procesado.

Los inicios de esta causa penal se dieron con la orden proferida en la sentencia anticipada dictada el 30 de mayo de 2008, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión en contra del ciudadano LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, atinente a la remisión de la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011⁶, para que se investigara la responsabilidad de quienes participaron en su concreción y se beneficiaron con su contenido; acto administrativo al que le acompañaba reproducción del memorando GIT-GSPC-ASNP 668 de 28 de abril de 2011⁷, en el que se realiza estudio de la mesada pensional del señor MARCO FIDEL SOLES CARRILLO y se efectúa el desmonte de los incrementos alcanzados, al parecer, de forma irregular en la percepción de jubilación, que acorde a los datos contenidos en el primer documento mencionado, ascendió a \$454'478.549,48.

Como anexo a la mencionada documental, se adosó copia de la resolución 45366 de 24 de junio de 1992⁸, que concede el beneficio

⁶ Folios 2 a 5 del c. o. 1 de instrucción.

⁷ Folios 6 a 11 del c. o. 1 de instrucción.

⁸ Folios 12 y 13 del c. o. 1 de instrucción.

especial de jubilación en favor del señor SOLES CARRILLO al haber laborado para la empresa por espacio de 20 años, al descontar 29 días por huelga, fines para los cuales se tuvo en cuenta los renglones de sueldos, sobresueldos, viáticos, prima de antigüedad proporcional, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de vacaciones al retiro, prima de servicios proporcional, prima de servicios diciembre de 1991 a mayo 30 de 1992, vacaciones al retiro, vacaciones en tiempo y reliquidación de vacaciones acorde a sentencia, alcanzando un total de devengado del último año laborado de \$12'555.452,37.

Frente a las consecuencias administrativas de la reclamación judicial presentada por el procesado, se aprecia reproducción de la resolución plural 1070 de 24 de mayo de 1995⁹, que dispuso el pago de, entre otras, la sentencia del Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla objeto de esta causa penal, en cuantía de \$117'653.511,46; de la 1350 de 25 de junio de 1996¹⁰, por medio de la cual se dispuso el reajuste de la mesada pensional atendiendo la orden dada en la sentencia judicial de 25 de enero de 1995; la disposición administrativa 330 de 19 de febrero de 1996¹¹, que ordenó el pago de mandamiento judicial relacionado con la misma causa laboral en favor del encausado, que se encuentra acompañada de la nota débito 1702 de 23 de febrero de la misma anualidad, del mandamiento de pago y de la posterior reliquidación que dio lugar al pago relacionado en el último acto mencionado.

Seguidamente fue apercada copia de la sentencia adiada el 25 de enero de 1995¹², en la que se aprecia desde el resumen efectuado por la autoridad judicial, cuando hizo referencia a las pretensiones de la demanda, que éstas se dirigieron al reajuste de las prestaciones sociales a partir de la valoración de 29 días descontados sin razón aparente por la otrora empleadora, de los que se sabe, a partir del contenido de la resolución que ordenó el pago del beneficio pensional, se relacionan con el adelantamiento de huelga. Las consideraciones del Juzgado se dirigieron a corroborar la situación de hecho planteada por la parte actora frente a lo normado en el precepto 59 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), que prohibía que el patrono efectuara descuentos sin previa autorización escrita del trabajador, aspecto a partir del que estimó válidas las pretensiones de la demanda, ordenando el ajuste de las prestaciones sociales, el de la mesada pensional, salarios moratorios y costas procesales.

Sobre este mismo particular fue aportada reproducción de la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2003¹³, con la cual la Sala Única del

⁹ Folios 28 a 30 del c. o. 1 de instrucción.

¹⁰ Folios 31 a 11 del c. o. 1 de instrucción.

¹¹ Folios 37 a 50 del c. o. 1 de instrucción.

¹² Folios 51 a 57 del c. o. 1 de instrucción.

¹³ Folios 60 a 70 del c. o. 1 de instrucción.

Tribunal Superior de Armenia revocó la de primer grado el desatar el grado jurisdiccional de consulta, decisión que se fundamentó al apreciar que en el expediente no obraba reproducción de la CCT que aparentemente tuvo a la mano el fallador de primera instancia, a lo que agrega, que el descuento efectuado por la empresa de los 29 días al haberse adelantado huelga se hallaba respaldado por el contenido del precepto 46 del Decreto 2127 de 1945, que establecía las causales para la operancia de la suspensión del contrato de trabajo, trasladándose la carga de demostrar que nunca se adelantó la interrupción de laborales por la anotada huelga. Por manera que ante la ausencia de justificación en este sentido, la empresa se hallaba habilitaba para aplicar el descuento de los días dejados de laborar; apreciaciones que devinieron en la revocatoria de la decisión de primer grado, del mandamiento de pago librado con posterioridad y la consecuente absolución de la empresa demandada.

Atendiendo las órdenes probatorias libradas por la instructora, la UGPP mediante comunicación de 02 de mayo de 2013¹⁴, informó el estado de las resoluciones proferidas en favor del señor SOLES CARRILLO, teniendo en cuenta lo decidido en la resolución 2594 de 2011, y de los pagos efectuados por nómina desde diciembre de 1998 a abril de 2013, datos aportados por el FOPEP; igualmente, fue suministrado por la Fiscalía General de la Nación el reporte de antecedentes penales del acriminado¹⁵, sin que se informara la existencia de anotaciones en su contra.

Es de anotar que en cumplimiento de las órdenes suasorias, que de manera copiosa libró la persecutora, fueron aperados en varias oportunidades los mismos documentos que desde los inicios de la investigación hicieron parte de la actuación, esto es, las resoluciones **1070** de 24 de mayo de 1995, **330** de 19 de febrero de 1996 y **1350** de 25 de junio de 1996, respecto de las cuales se ha identificado su objeto en párrafos precedentes, del acto administrativo que le otorgó el derecho pensional y de las piezas procesales que integraron el asunto investigado en esta causa penal.

Dentro de las diligencias realizadas por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, se integró copia de la cartilla decadactilar y alfabética del procesado¹⁶, destacándose igualmente ejemplar de la hoja de vida laboral allegada al expediente por el Ministerio de Salud, agrupada en 324 folios¹⁷, que incluye piezas que ambientan el paso del señor SOLES CARRILLO por la empresa portuaria,

¹⁴ Folios 82 a 90 del c. o. 1 de instrucción.

¹⁵ Folio 102 del c. o. 1 de instrucción.

¹⁶ Folio 144 del c. o. 1 de instrucción.

¹⁷ Folios 150 a 300 del c. o. 1 de instrucción.

demostrativas de aspectos de orden asistencial, disciplinario, prestacional y salarial del exoperario.

El 15 de marzo de 2017¹⁸, fue confeccionado dictamen pericial contable a la liquidación de prestaciones sociales del procesado y revisada su justeza frente a las normas convencionales que fijaban los parámetros para ello, del que se advirtió la existencia de mayores valores pagados por la empresa portuaria en favor del procesado, reportando \$564.001,13, por fuera de lo que se le debía pagar el término de la relación laboral, examen realizado a partir de los reportes de pago del último año laborado y confrontado con las estimaciones efectuadas por la empresa a partir de los certificados de liquidación obrantes en la hoja de vida del acriminado.

En torno al proceso adelantado ante el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla, en el que se declaró responsable a la entidad portuaria, el 18 de abril de 2017¹⁹, se aportó copia del mencionado diligenciamiento contentivo de 86 folios, del que se aprecia poder librado por el procesado en favor del togado LUIS ALBERTO GUTIÉRREZ ALFARO, delegándole el reclamo de reliquidación de prestaciones sociales, dentro de las que enlista cesantías definitivas, vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicio, primas de antigüedad, pensión vitalicia de jubilación, etc.

De otro lado, la reclamación administrativa que de forma personal promoviera directamente por el procesado ante la Gerencia del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, estuvo sustentada en el hecho de que la empleadora dejó de incluir la totalidad del tiempo laborado en la liquidación de las prestaciones sociales, haciendo referencia expresa a los 29 días descontados por huelga, la inclusión de las sumas pagadas por diferencia de vacaciones y prima de vacaciones en la segunda quincena del mes de agosto de 1991 en cuantía de \$62.364,86, debiéndose aplicar los debidos ajustes a la totalidad de los renglones percibidos en el periodo a liquidar y realizar el pago de los intereses moratorios a que hubiere lugar, anotando que los ajustes reclamados se debían aplicar al desempeñar labores de trabajador fijo y directivo sindical.

Dentro del expediente se encuentra ejemplar de la resolución 45366 de 24 de junio de 1992, por medio de la cual se concede el beneficio pensional al señor SOLES CARRILLO, y la 45363 de la misma data que dispuso el reconocimiento de las prestaciones sociales valorando sueldos, retroactivo, viáticos, prima de antigüedad proporcional, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de vacaciones al retiro, prima de servicios proporcional, prima de servicios diciembre de 1991 a mayo 30

¹⁸ Folios 63 a 77 del c. o. 2 de instrucción.

¹⁹ Folios 78 a 164 del c. o. 2 de instrucción.

de 1992, vacaciones compensadas al retiro, vacaciones en tiempo y reliquidación de vacaciones acorde a sentencia; encontrándose los demás actos procesales propios del trámite ordinario hasta la sentencia de primer grado adiada el 25 de enero de 1995, por la que se condenó a la entidad demandada al pago de reliquidación de vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, cesantías y salarios dejados de incluir, así como al reajuste de la mesada pensional, salarios moratorios y costas procesales, que acorde al mandamiento de pago de 22 de febrero de la misma anualidad, ascendió a \$117'653.511,46.

Del mismo modo, se encuentra ejemplar de la sentencia datada el 21 de noviembre de 2003, con la que la Sala Única del Tribunal Superior de Armenia dispuso la revocatoria de la decisión del *a quo*, por las razones identificadas en precedencia.

En etapa de causa se acopiaron algunos medios de prueba dirigidos a establecer el perfil patrimonial del procesado, otros relacionados con el contexto presentado en el proceso liquidatorio de la empresa portuaria, reproducción de la CCT vigente en el puerto de Barranquilla para 1991 a 1993 y copia de la Resolución 2579 de 13 de julio de 1983, por medio de la cual se declaraba la ilegalidad de la huelga llevada a cabo en los diferentes terminales marítimos para entonces a cargo de la empresa Puertos de Colombia.

De otro lado, fue apercibida reproducción de la hoja de vida pensional del procesado²⁰ en la que reposan algunas piezas relacionadas con los eventos aquí analizados, además de otros asociados con el trámite que por intermedio del abogado ROBERTO ROMERO TURIZO adelantara el investigado ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, en el que en similar sentido que en el que hace parte de los eventos juzgados, se reclamó la reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta la inclusión de la totalidad de los renglones entregados en el último año laborado, así como reajuste pensional, extra y ultra petita y costas procesales; asunto que fue fallado el 04 de junio de 1999, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda al haberse omitido aportar reproducción de la CCT regente para el momento del retiro del demandante.

En similar sentido, se aprecia decisión fechada el 16 de diciembre de 2003, por medio de la cual la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al atender el grado jurisdiccional de consulta dispuso la revocatoria de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla el 12 de marzo de 1992, en la que se ampararon las pretensiones del demandante

²⁰ Folios 27 y 28 del c. o. de causa.

tendientes a acceder a la reliquidación de las vacaciones y primas de vacaciones correspondientes a las anualidades de 1981 a 1986, aduciendo que la demandada había efectuado mal su estimación, providencia en la que dispuso la revocatoria de la analizada al apreciarse que las reclamaciones se hallaban prescritas para cuando se agotó la vía gubernativa, y que el ejemplar de la CCT aportado con la demanda no contaba con las formalidades para ser apreciada probatoriamente, disponiéndose la absolución de la entidad accionada.

De cara a la existencia de devoluciones que de forma voluntaria hubiere efectuado el procesado o descuentos aplicados a la nómina de pensionados tendientes a recaudar los dineros indebidamente pagados, informa la UGPP que no se aprecian reportes de esa índole.

INDAGATORIA

El 27 de junio de 2016²¹, en Barranquilla fue escuchado el procesado en diligencia injurada, cuando habiendo informado aspectos relacionados con sus generales de Ley, detalló algunos aspectos relativos a su paso por la empresa portuaria, en la que se desempeñó como estibador, fiscal de tonelaje y winchero por el espacio de 20 años, para finalmente acceder al beneficio pensional y lo correspondiente a liquidación de prestaciones sociales, respecto de las cuales anota, no haberlas considerado justas, pero no recordar para ese momento cuál había sido el motivo de la inconformidad, que, sin embargo, motivó su decisión de librar mandato para que se iniciara reclamación por vía judicial, sin que pudiera memorar a qué profesional del derecho delegó para esos fines, el pago pactado por honorarios con éste, los renglones que se tuvieron en cuenta para impulsar la deprecación judicial o haber hecho parte como directivo de alguna de las organizaciones sindicales.

Recuerda que se realizó la solicitud porque leyendo la CCT se dieron cuenta de la existencia de algunos conceptos que la empresa no les había pagado debidamente; al ponerle de presente el contenido de la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, por medio de la cual se aplicó la orden de revocatoria proferida en consulta y se ordena el reintegro de las sumas dinerarias erogadas presuntamente de forma irregular, adujo estar al tanto de las anotadas órdenes y estar percibiendo descuentos en la nómina por el espacio de casi tres años, así como que nunca recibió las sumas dinerarias que se declararon en la sentencia de primer grado o tuvo conocimiento de la sentencia proferida en consulta. Respecto de los señalamientos criminales que se le sindicaron en esa diligencia manifiesta su inocencia, sin que realizara manifestación distinta a las ya anotadas.

²¹ Folios 54 a 58 del c. o. 2 de instrucción.

En fase de juicio, en sesión de audiencia pública celebrada el 24 de febrero de 2022, fue escuchado el procesado en interrogatorio mediante enlace remoto con la ciudad de Barranquilla, iniciando la diligencia poniéndole de presente los derechos que le asistían en el recaudo defensivo, mostrándose enterado de las anotadas prerrogativas y dispuesto a absolver los cuestionamientos que se le formularan, iniciando con la manifestación de inocencia frente a los señalamientos que le efectuara la agencia Fiscal, pues se limitó a entregar un poder para que el profesional del derecho reclamara los renglones a los que el mencionado consideró que tenía derecho, sin tener conocimiento del obrar reprochable de su representante en ese asunto.

Anota que al finalizar su vínculo con la empresa portuaria se enteró de que algunos de sus excompañeros reclamaron la mejora de sus percepciones dinerarias teniendo en cuenta que la empresa había dejado de integrar debidamente el devengado en el último año laborado, por lo que consultó un abogado laboralista que le recomendaron, aportándole las decisiones administrativas y CCT para que analizara su caso, después de lo cual lo contactó para informarle que había lugar a efectuar algunos reclamos y así se hizo, teniendo trato en el momento en que se inició el proceso y con posterioridad cuando fallaron el asunto.

Anota que le entregó poder al doctor LUIS GUTIÉRREZ ALFARO, pero desconoce si éste le paso el mandato a algún otro abogado; el pago pactado fue el 50% de lo recaudado, y así se hizo al término de la gestión; en torno a los descuentos que se le venían aplicando por nómina hace 10 o 12 años, en cuantía de \$2'500.000 mensuales, aduce que desconoce el estado actual de la deuda.

Frente al tiempo de servicio a órdenes de la empresa recuerda que para el momento en que quiso acceder a su pensión estaba debiendo 29 días que se descontaron por la huelga, por lo que él trabajo 20 años y 29 días para que no se le afectara el tiempo laborado, lo que manifestó, hizo por precaución para que no le quedara pendiente tiempo para acceder a su pensión, memorando que respecto de esos días no tuvo remuneración y fueron trabajados únicamente para completar el interregno requerido para la pensión. Anota que para entonces echó de menos el recargo del 75% que le correspondía por ser un trabajador de riesgo, el cual no le habían tenido en cuenta, pero no recuerda qué conceptos expresamente reclamó GUTIÉRREZ ALFARO, desconociendo las gestiones realizadas por éste, pues nunca los citó para atender o comunicarles asuntos procesales ante el Juzgado.

Los renglones reclamados por vía administrativa y judicial fueron establecidos por el doctor GUTIÉRREZ ALFARO, conclusión a la que arribó después de haber estudiado los documentos que él le entregó, sin que le

hubiere explicado los motivos por los cuales serían esos los que fundamentarían la deprecación, desconociendo que el togado hubiere tenido los 29 días descontados por huelga como fundamento para el proceso judicial; el poder que firmó no contenía explicitud de los conceptos a reclamar. Terminando su intervención reiterando su inocencia, así como precisando que su número de cédula correcto es 7.453.218, no como aparece en la resolución de acusación, aclarando igualmente que su dirección actual de residencia es la Calle 11 F N° 1 B-45, barrio el Carmen del municipio de Malambo, número de abonado celular 310 632 61 16, acogiendo el compromiso de aportar documentos relacionados con su estado de salud.

Identificado el material probatorio que integra el infoliado, el Juzgado pasará a examinar el mérito de estas probanzas frente a los señalamientos efectuados por la agencia Fiscal.

Frente al fundamento de la reclamación administrativa que sirvió de sustento para el posterior trámite judicial, es necesario corroborar la procedencia de los renglones declarados en sentencia en favor de las pretensiones del procesado, los cuales, en criterio del fallador de instancia fueron inobservados por la entidad portuaria, encontrando la necesidad de integrarlos a la base de estimación de las percepciones dinerarias del demandante, decisión que como se sabe, fue revocada en sede de consulta al apreciarse que los 29 días descontados por la empresa del tiempo total laborado, encontraban sustento en el artículo 46 del Decreto 2127 de 1945, que establecía las causales de suspensión del contrato de trabajo en sus numerales 6° y 8°.

Este irregular reclamo y el reconocimiento que judicialmente se impartió, se identifica en la preceptiva que regula las relaciones laborales en el sector público y que son concomitantes a las que imperan en el privado, dentro de las disposiciones del artículo 44 numerales 4° y 8° del decreto 2127 de 1945, y el precepto 46 de la misma legislación, así como en el canon 51 numerales 4° y 7°, y 53 del CST, los cuales en su contenido establecieron que:

“ARTICULO 44. El contrato de trabajo se suspende:

(...)

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

(...)

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

ARTICULO 46. La suspensión de los contratos de trabajo no implica su extinción. Salvo convención en contrario, durante el período correspondiente se suspende para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido y para el patrono la de pagar los salarios de ese lapso y la de asumir los riesgos que sobrevengan durante la suspensión,

excepto el pago del seguro de vida y el auxilio funerario, a que haya lugar de acuerdo con la ley, y las prestaciones e indemnizaciones correspondientes a enfermedades o accidentes que hayan originado la suspensión. El tiempo durante el cual esté suspendido el contrato de trabajo, podrá ser descontado por el patrono del cómputo de los períodos necesarios para ciertas prestaciones, como vacaciones, auxilios de cesantía y pensiones de jubilación, pero no hará perder el derecho a tales prestaciones.

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

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

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

Los aspectos analizados confluyen a aseverar que el empleador está facultado legalmente para deducir del tiempo de servicios del acto lo correspondiente a los eventos descritos como causales por la Ley, y por lógica dicho tiempo no puede ser tenido en cuenta como efectivamente laborado para efectos prestacionales, tal como fue expresado en la decisión de 28 de noviembre de 2003, de la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Armenia. Asimismo, la suspensión del contrato de trabajo implica, por un lado, que el trabajador no está obligado a prestar el servicio personal, y, por el otro, que el patrono no está forzado a cancelar los salarios.

Concretado lo anterior, se tiene que el empleador no se halla conminado a solventar salarios o conceptos en los eventos de huelga, aun cuando la misma fuere lícita, según la normativa acabada de transcribir, ni mucho menos si la suspensión colectiva del trabajo es declarada ilegal, como se evidencia con la resolución 2579 de 13 de julio de 1983²², de modo que el descuento efectuado por días de huelga encuentra justificación en la anunciada decisión, por no existir causa que sustente la falta al trabajo.

Del mismo modo ha de apreciarse que los pagos a los empleados públicos y trabajadores oficiales deben ser por servicios rendidos, estando el empleador en la obligación de ordenar el descuento de todo día no

²² Documento digitalizado obrante en medio magnético a folio 11 del cuaderno de juicio.

trabajado sin la correspondiente autorización legal. Más aun, cuando se trata de empresas estatales que deben prestar una asistencia pública de manera constante, resultando ajustado a derecho que el servicio no prestado no deba ser pagado.

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

No media hesitación para el Estrado que reliquidar la pensión de jubilación y las prestaciones sociales, así como ordenar cancelar salarios moratorios, sustentadas en la inclusión de días no laborados por huelga comporta el reconocimiento de dineros sin ningún soporte y fundamentación jurídica, e implica un detrimento patrimonial injustificado para las arcas estatales.

De otro lado, es menester advertir que al versar la relación laboral sobre un vínculo que ata al empleador y al trabajador, de ninguna manera puede ser manejado o definido por el capricho aislado de las partes, como, por ejemplo, señal el acusado en la indagatoria al admitir ser consciente de no haber laborado los 29 días de huelga y tener la intención de laborar otros 29 días para redondear el tiempo de servicios como requisito pensional con la dirección de voluntad de que no le fueran pagados, lo cual constituye un exabrupto comoquiera que al ser días efectivamente trabajados en vigencia del nexo contractual vinculaba salarialmente al empleador, de suerte que, aun en gracia de discusión, tuviere el mente el operario trabajar sin querer percibir remuneración, su empleador estaba obligado a pagarle, pues dicha relación estaba regida por el contrato, la CCT vigente y el estatuto sustantivo del trabajo. De allí que ese tema no podía quedar para ser definido por el albur generado por el trabajador, quien con ese obrar persiguió quebrantar el ordenamiento aplicable.

Resulta igualmente reprochable que el procesado hubiere reclamado en la demanda la imposición de sanción moratoria en contra de su otrora empleadora, valiéndose de la presunta indebida entrega de sus prestaciones sociales dentro del lapso de normativamente se tenía para ello, amonestación que está regulada en el inciso 1º original del precepto 65 del CST que indicó:

"INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. 1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las

partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

Acerca de la indemnización moratoria en razón de las Convenciones Colectivas suscritas por COLPUERTOS, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado:

"(...)

1.2 La indemnización moratoria constituye un derecho incierto y discutible y, por ende, es susceptible de conciliación. La consulta se refiere de manera general a la conciliación de derechos laborales no ciertos y renunciables, pero menciona específicamente la indemnización moratoria, entendida tradicionalmente como aquella a cargo del empleador que, al terminar el contrato de trabajo, no paga los salarios y prestaciones debidos o no hace practicar al trabajador el examen médico de retiro, y que consiste en una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, se ha considerado que esta clase de indemnización se encuentra consagrada de manera implícita, en el parágrafo 2º del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, subrogado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, ya que tal norma establece un plazo de noventa (90) días, a partir de la fecha de retiro del trabajador, para efectuar la liquidación y pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, término durante el cual el contrato de trabajo se considerará "suspendido" y si se vence, sin que se hubieran satisfecho las obligaciones laborales, el contrato "recobrará su vigencia", con lo cual se causará nuevamente el salario.

Es de señalar que en el caso de la Empresa Puertos de Colombia, según se indica en la consulta "Todas las convenciones colectivas suscritas entre Puertos de Colombia y sus ex trabajadores consagran la indemnización moratoria, si las prestaciones no han sido pagadas dentro de los primeros setenta (70) días para el caso de Santa Marta y los restantes dentro de los primeros treinta (30) días".

La indemnización moratoria, también llamada sanción por falta de pago o "salarios caídos", constituye un derecho que no es cierto e irrenunciable para el trabajador, por cuanto el hecho que la genera puede ser objeto de controversia y discusión, dado que tal indemnización puede presentarse cuando el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones no se hace dentro de la oportunidad que señala la ley o la convención colectiva, o cuando el pago no comprende a todos y cada uno de los conceptos salariales o prestaciones debidos, legales y extralegales o convencionales, o no se liquidan como debe ser y, en caso de retenciones o deducciones de salarios o prestaciones no autorizadas por el trabajador o la ley, o cuando el empleador no entregó al trabajador la carta para el examen médico de retiro. Todas estas situaciones deben ser demostradas, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción de la prueba, lo que hace que la indemnización moratoria no sea, por sí misma, un derecho cierto e

irrenunciable del trabajador y por lo tanto, sobre ella y su cuantía es dable efectuar una conciliación.

Además, la jurisprudencia laboral ha establecido que si el empleador demuestra haber acusado de buena fe, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria. Por tanto, esta circunstancia puede válidamente alegarse y discutirse en el caso concreto y de ser probada, enerva la reclamación o la pretensión de la indemnización moratoria.

La Corte Suprema de Justicia expresó sobre este particular lo siguiente, en sentencia de mayo 30 de 1994: "Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria, pues de acuerdo con lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, el contenido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo introduce una excepción al principio general de la buena fe, al consagrar la presunción de mala fe del empleador que a la finalización del contrato omite pagar a su ex trabajador los salarios y prestaciones que adeude".²³.

Es así como cuando el empleador no paga los salarios o prestaciones debidos producto de la terminación del contrato de trabajo o no entrega el certificado médico de retiro a la finalización del mismo, como ejemplo de una de las referidas causales, dentro del término estipulado en la norma, sin desvirtuar la mala fe, se genera la sanción para el patrono de un día de salario por cada día de retardo, de suerte que el no reconocimiento oportuno de la pensión no se puede entender como producto de la terminación del contrato de trabajo para efectos de ordenar el pago de la indemnización moratoria.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha establecido que tal pretensión no procede automáticamente, ya que es necesario determinar si el empleador actuó o no de mala fe. Al respecto ha indicado: *"La jurisprudencia de la Sala ha aceptado (...) que la aplicación automática de las normas que consagran salarios moratorios (C.S.T., art. 65 y D. 797 de 1949, art. 1) equivale a una interpretación equivocada de dichas normas, por cuanto no tienen en cuenta el elemento de buena o mala fe en la conducta del patrono incumplido o moroso"*²⁴. Es así como para que se genere indemnización por ese motivo, se requiere de un proceso judicial basado en pruebas claras para valorar la mala o buena fe del empleador, lo cual también se puede predicar de la entrega del certificado médico a la terminación del contrato de trabajo.

²³ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 19 de septiembre de 1996, numero de radicarón 878, Consejero Ponente CESAR HOYOS SALAZAR.

²⁴ Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Laboral, Sentencia 2 de diciembre de 1992 y 20 de mayo de 1992

Además, se itera que el salario pese a estar compuesto por múltiples factores constituye un único concepto y por consiguiente la sanción por mora no puede proceder por cada uno de los factores que integran el salario, como asiduamente reclamaron los extrabajadores portuarios por vía judicial y administrativa, con lo cual es evidente que en caso de quedar insoluto un factor salarial diferente al reclamado, el empleador queda liberado de la sanción moratoria, habida consideración, si el incumplimiento de esta genera correlativamente a su cargo una obligación, según lo señala el artículo 1625 inciso 1º del Código Civil, se extingue por la solución efectiva de pago.

Entonces, el reconocimiento de la indemnización moratoria alcanzado en la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla se efectuó bajo criterios contrarios a la Ley, generando una apropiación indebida de recursos estatales en favor de terceros, en flagrante desconocimiento de la normativa legal y convencional que señalaba que la sanción por mora no puede proceder de forma automática ante el presunto desconocimiento de un concepto integrante de salario con fines prestacionales, debiendo mediar para ello decisión judicial y mala fe comprobada en el impago atribuible al empleador respecto de los conceptos que se alegaren desconocidos, máxime cuando ésta sanción formulada como pretensión secundaria debe correr la misma suerte de la principal (reliquidaciones de prestaciones sociales), la cual no era procedente por resultar a todas luces irregular, como arriba se dejó sentado.

La improcedencia de los reclamos efectuados por el acusado también se encuentra afianzada en el contenido del dictamen pericial rendido el 15 de marzo de 2017, respecto de la liquidación de prestaciones sociales del señor SOLES CARRILLO de cara a las normas convencionales que definían los derroteros para ello, en el que fue precisada la existencia de valores pagados por fuera de lo debido por la empresa y en favor del operario en cuantía de \$564.001,13, hallazgo que conduce a afirmar que ninguna expectativa cierta acompañaba a éste para que se impulsara el reconocimiento por vía judicial o administrativa de derechos presuntamente conculcados.

Por otra parte, en lo que atañe a la obligatoriedad que acompañaba el fallo emitido contra FONCOLPUERTOS respecto del grado jurisdiccional de consulta, que fue expuesto por el delegado Fiscal como evento generador de reproche penal tanto en el pliego de cargos como en los alegatos conclusivos, postura que fue coadyuvada por el representante de la parte civil, al ser presentada la providencia para su cobro sin que contara con el estatus de exigible, se estima necesario aquilatar que la falta de unidad de criterio jurisprudencial frente a la imposición legal de esa exigencia procesal, se constituyó en elemento facilitador de la expedición de las decisiones administrativas que ordenaban el pago de

las sumas ordenas en la sentencia de marras, de suerte que si bien es cierto en el evento bajo análisis se surtió dicho grado jurisdiccional, no lo es menos que tal revisión oficiosa de la judicatura se llevó a cabo con posterioridad a que se emitieran los actos dispositivos por parte de los funcionarios de la entidad portuaria en liquidación.

Respecto del planteamiento de la agencia persecutora en torno a estas circunstancias, se advierte que para la época en que se dictó la sentencia materia de esta causa no se encontraba establecido como obligatorio dicho trámite, en consideración a que la entidad portuaria se catalogaba como de economía mixta y, por ello no se imponía la obligación de someter las decisiones contrarias a sus intereses al anunciado grado jurisdiccional, imposición que se dio sólo hasta 1999 cuando en sentencia de unificación se instituyó ese deber cuando la decisión no fuera recurrida, aspecto que lleva a predicar que el señalamiento que pretende hacer valer la Fiscalía en este sentido como generador de ilicitud carece de cualquier elemento valedero que le asigne respaldo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sólo con la emisión de la sentencia No. 12158 de octubre 19 de 1999 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se unificaron criterios en el sentido de que el grado jurisdiccional de consulta, no obstante su carácter

de establecimiento público, debía ser concedido a favor de FONCOLPUERTOS²⁵, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

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

Como quiera que para la época en que el doctor MANUEL EDUARDO HERNÁNDEZ BALLESTEROS profirió las sentencias cuestionadas no había unidad de criterio entre los diferentes operadores judiciales sobre la procedencia o no del grado jurisdiccional de consulta, no puede calificarse por este aspecto la decisión de manifiestamente contraria a la ley. Si bien la postura jurídica que pregonaba la improcedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS a la postre resultó contraria a los parámetros que vía jurisprudencial fijó la Sala Laboral de la Corte, tal claridad surgió con posterioridad a la emisión de las providencias censuradas. En el mismo sentido, sólo hasta el 1 de diciembre de 1999 la Corte Constitucional en sentencia de tutela SU 962, sentó postura, reafirmando la procedencia de la consulta para FONCOLPUERTOS.

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

Acompasando estos lineamientos con los eventos materia de estudio, no ofrece duda que la sentencia emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, surgió mucho antes del 19 de octubre y 1 de diciembre de 1999, para cuando se esclareció el tema relativo a la obligatoriedad de ejercer el grado jurisdiccional de la consulta respecto de los fallos adversos a COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra el acusado por el hecho de que para la época de emisión de la sentencia no se tuviera la definición en la jurisprudencia nacional sobre la perentoriedad del ejercicio del grado oficioso de revisión comentado, sumado a que el sometimiento de la

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

actuación al mismo no corresponde a un deber atribuido por Ley a la parte actora ni tampoco a la parte accionada, para el caso y por vía de sucesión la estatal en liquidación, sino en principio a la judicatura por tratarse de un trámite oficioso, que para ese momento, se recuerda, tenía en duda su obligatoriedad.

Ahora, ciertamente la sentencia fue proferida en primera instancia por el aludido Juzgado Laboral, siendo contraria a los intereses de Puertos de Colombia o FONCOLPUERTOS, cuando aún no era palmaria la perentoriedad de su sometimiento al grado jurisdiccional de consulta según las providencias de la Sala de Casación Laboral y de la H. Corte Constitucional arriba enunciadas, y, por ende, no resulta penalmente reprochable al enjuiciado que se hubiere considerado, en gracia de discusión, que había adquirido firmeza luego de no ser apelada por la parte vencida, ni era imprescindible aplicarle dicho trámite oficioso por no reputarse necesario.

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

Acorde a los lineamientos trazados, resulta claro que para la fecha de proferimiento de la sentencia referida en apartes preliminares y expresamente identificada dentro del pliego acusatorio, contrario a lo que esgrime la Fiscalía en ese digesto, no se encontraba sentado el criterio unificado nacional respecto de la obligatoriedad de agotar el referido trámite jurisdiccional en casos como el analizado en el presente asunto, y, por tanto, no puede ser tenida en cuenta esta omisión como indicador de ilicitud en el actuar del acriminado.

También se destaca que la reclamación que culminó con la mentada sentencia y mandamiento de pago, con su reliquidación, a que se ha hecho referencia desde la investigación, como ya se analizó, revelan que el demandante carecía del derecho material para recibir las percepciones dinerarias por los conceptos reclamados, aspecto que es puesto de presente en la revocatoria de la sentencia, de lo que surge la conclusión que las acreencias que se ordenaron pagar y que se erogaron en su favor, no se ajustaban al ordenamiento normativo; hecho que, por contera, conduce indefectiblemente a pregonar que la obtención de tales resultados jurídicos y económicos avienen abiertamente constitutivos por vía objetiva de comportamiento típico y antijurídico de peculado por apropiación en los términos de la acusación.

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

“Con la revocatoria de las sentencias ordinarias laborales por parte de la Sala de Descongestión Laboral mediante el grado jurisdiccional de consulta queda en evidencia que no estaban asistidas por el derecho, y por tanto los pagos que generaron constituyeron una defraudación del erario público (sic); independientemente de que las decisiones sean calificadas de prevaricadoras o no”²⁶.

De otro lado, aunque el órgano persecutor no realizó dentro del marco fáctico de la acusación por los hechos y circunstancias que rodean el injusto derivado de la promoción de la acción laboral ordinaria junto a la materialización y efectos de la citada sentencia de primera instancia, el análisis pertinente en cuanto al claro desconocimiento de lo normado en el artículo 177 del CCA, seguidamente el Despacho expondrá lo propio sin que esto configure una adición a la imputación fáctica.

En este sentido, se detalla que la providencia judicial ordenó pagos a favor del exportuario con cargo al Tesoro Público antes de que feneciera el período de 18 meses posterior a la supuesta ejecutoria de la sentencia de primer grado, con desconocimiento de lo normado en la regla 177 del CCA, de conformidad con lo indicado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

Así lo ha dejado ver la citada Alta Colegiatura en providencia de 16 de marzo de 2011, adoptada en el caso No. 35839, con ponencia del H. M. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ:

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

²⁶ Cita parcial del texto consignado por la Sala de Casación Penal en la sentencia emitida el 13 de abril de 2011, dentro del caso 35854, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, cuando invoca el fallo del 14 de diciembre de 2010 y 16 de marzo de 2011, Radicados 35.025 y 35.839, respectivamente.

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

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

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

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

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

De hecho, en el asunto de la especie se observa que la sentencia de primer grado de 25 de enero de 1995, fue ordenada pagar con resolución 1070 de 24 de mayo de 1995, acorde al mandamiento de pago de 22 de febrero de esa anualidad. Así las cosas, surge diáfano que entre la una y el otro transcurrió menos de un mes, lo cual no se desdibuja del plano factual porque ese mandato de pago fuera posteriormente reliquidado con decisión de 26 de julio de mismo año y sufragado con resolución 330 de 19 de febrero de 1996, para finalmente aplicar la variación de la mesada pensional con el acto administrativo 1350 de 25 de junio de 1996.

Tales aspectos revelan que el lapso de 18 meses que demandaba la citada norma del CCA para proceder al cobro ejecutivo de la sentencia adversa a los intereses públicos no fue acatado por la parte actora en este evento, desconociendo los baremos normativos administrativos y las posturas jurisprudenciales que decantan este tópico.

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

El Despacho, luego de escrutar el señalamiento criminal propuesto por la Fiscalía y encontrar probadas las irregularidades referidas, estudiará si éste, además de contrariar los parámetros convencionales transgrede la normativa penal 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.

Versa sobre 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”*²⁷.

²⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

De cara al elemento subjetivo del tipo, “en provecho suyo o de un tercero”, tenemos que el “provecho es cualquier utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidos o procurados por el infractor, sin que importen su naturaleza, oportunidad ni proporciones”²⁸. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo²⁹. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSE 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 (...)”³⁰.

Por ello, el beneficiario del provecho no sólo puede ser el autor del delito, sino también un tercero, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en sentencia del 17 de agosto de 1989 M.P. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA: “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 hubieran confiado al servidor público para su administración, tenencia o custodia, por razón o con ocasión de sus funciones, es decir, que los bienes deben haberle sido entregados con una finalidad o intención específica, esto es, para su administración, tenencia, o custodia, y dicha potestad para administrar, custodiar o tener la debe fijar la norma jurídica que rige la respectiva función adscrita al servidor público, pudiendo asumir, en algunos casos, la forma de un acto administrativo.

²⁸ PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal: partes general y especial. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

²⁹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

³⁰ CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

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 servidor, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*³¹. Por lo que *“no es necesario que los bienes que constituyen el objeto material de la infracción en comento sean detentados por el servidor público con una tenencia material o directa, como que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica, es decir, (...) aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el servidor público”*³².

Conforme a lo reseñado en el asunto bajo examen, el actuar del extrabajador procesado dirigido al reconocimiento pecuniario identificado valiéndose de las reclamaciones administrativa y judicial detalladas en precedencia, gestionadas en conjunto con el doctor LUIS ALBERTO GUTIÉRREZ ALFARO consolidadas en la sentencia de 25 de enero de 1995, y las providencias que le siguieron en el ciclo ejecutivo de aquella, así como en los respectivos actos administrativos identificados a lo largo de este pronunciamiento, representan cifra dineraria que, en cuanto bien, se dieron 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 agravado, como con toda claridad emerge del pliego de cargos, con las precisiones que a lo largo de este proveído se han efectuado en cuanto a la cuantía de la conducta y de las pruebas obrantes en el plenario, lo cual ha sido refutado de forma inane por la defensa, pretendiendo restar entidad a los señalamientos de la persecutora y demeritar la responsabilidad de su prohijado.

En este punto emerge relevante precisar que, aunque el Delegado de la Persecutora integra dentro de sus argumentos el presunto hecho de haberse valorado la calidad de directivo sindical en el procesado y ampara la integración de rubro relacionado con uniformes y calzado en la sentencia que dispuso los irregulares reconocimientos en favor de éste, proposición que fue secundada de forma irreflexiva por la parte civil, tanto del contenido de la demanda como del proveído que atendió la instancia laboral en primera instancia no se advierte que el otrora representante judicial del acriminado o el Juzgado fallador hubieren propuesto y/o debatido estos aspectos en causa laboral, menos aún que la decisión se hubiere cimentado en estas pretensiones, de modo que al tratarse de una afirmación carente de afianzamiento fáctico, lo cual es

³¹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

³² Ibídem pág. 97

constatable a partir de las pruebas apercibidas al expediente, el Juzgado estima innecesario realizar análisis distinto al presente en torno a las aseveraciones de la Fiscalía y la parte civil, las cuales no ostentan relevancia factual en el señalamiento criminal por ausencia de demostración.

El comportamiento identificado y discutido a lo largo de esta providencia es atentatorio contra la administración pública en lo que atañe a los rubros pecuniarios, y conculcatorios de la misma en lo relativo a la probidad debida de sus funcionarios, pues a partir de las desatinadas intenciones del extrabajador y su abogado se concretó el proferimiento de decisión que contraría el correcto desenvolvimiento de la función pública, ya que como se ha detallado a lo largo de esta decisión, los rubros respecto de los que se alcanzó erogación con cargo a los recursos Estatales se cimentaron en irregulares interpretaciones de las normas convencionales y legales, de donde emerge su efectiva antijuridicidad, ya que además de contrariar efectivamente los parámetros normativos que gobernaban las relaciones laborales de la empresa portuaria con sus otrora operarios, impactó de forma negativa en los recursos de la Nación que para entonces administraba el fondo liquidador de Colpuertos.

De las precisiones efectuadas se ultima que la conducta reseñada, de conformidad con las valoraciones que alrededor de los conceptos y cuantías se ha efectuado en esta providencia, demuestra la existencia de evento jurídicamente relevante con entidad conculcatoria a la descripción típica contenida en el precepto sustantivo que enuncia el reato de peculado por apropiación agravado, y advertido el impacto que de este evento se derivó en menoscabo de las arcas públicas, se tiene establecido el conjunto de circunstancias que, detectados y decantados los elementos objetivos del reproche criminal, serán objeto de estudio de cara al componente volitivo endilgable al procesado.

En esa medida, el Despacho abordará la exploración de la probable responsabilidad del extrabajador SOLES CARRILLO en la comisión de la conducta identificada, inspección que se enfilará a corroborar el posible conocimiento que respecto de la improcedencia de los ruegos ostentaban el llamado a juicio criminal, si este pudo haberse dado desde los albores de las reclamaciones o con posterioridad cuando se puso en marcha el aparato judicial para acceder a sus aspiraciones; y si estuvo en posibilidad y oportunidad de declinarlas.

Inicialmente, en la salida procesal visible en etapa sumarial, el señor SOLES CARRILLO se mostró ajeno a cualquier evento relacionado con reclamaciones efectuadas en contra de la entidad para la cual se desempeñó por 20 años, aludiendo, sin embargo, a que no estuvo de acuerdo con la liquidación de prestaciones sociales que se efectuara al momento de su desvinculación, desconociendo para ese momento la

identidad de quien lo representó en el reclamo de sus derechos, de los renglones que se reclamaron en esa oportunidad, aunque adujo haber revisado el contenido de la norma convencional previamente, examen del que junto a otros compañeros se dedujo que contaban con amparo para solicitar el reconocimiento de sus derechos.

En etapa de juicio, estando bajo interrogatorio, recordó haber entregado poder al doctor GUTIÉRREZ ALFARO, acotando como circunstancia exculpatoria el haber librado el mandato en favor del anunciado profesional atendiendo que éste, una vez revisados los documentos por él entregados, relacionados con los actos administrativos mediante los cuales se dispuso el pago de prestaciones sociales y concesión del beneficio pensional, encontró que la empresa había dejado de apreciar algunos renglones que ameritaban deprecar su inclusión; sin embargo, anota que desconoce cuáles eran aquellos conceptos que en criterio del togado debían ser abarcados en sus percepciones dinerarias, creyendo que se trataba del 75% al que tenía derecho por haber ocupado un cargo que merecía aquel reconocimiento especial.

Frente al hecho de haberse cimentado el reclamo en los 29 días descontados por huelga, recuerda expresamente haberse desempeñado a órdenes de la empresa por el espacio de 20 años y 29 días, última fracción que trabajó con la expectativa que para la concesión del derecho se apreciara el lapso completo de 20 años - *temática que ya fue abordada y atendida por este Estrado párrafos atrás*-, sin aplicar los descuentos de 29 días que reportaba la empresa para esos efectos, mostrándose consciente que aquel período restante no tendría incidencia en el total de tiempo laborado, por manera que su convicción era que el único renglón faltante era el mencionado recargo del 75%, agregando que el poder que su representante le hizo firmar no contenía expresamente la identificación de los conceptos a reclamar en la causa laboral, por lo que refiere desconocer que hubiere sido ese el objeto de la demanda que se le reprocha.

En esta medida, emerge relevante hacer remisión al contenido del mandato al que se ha hecho referencia, enlistado dentro del material demostrativo que compone el expediente, del que se destaca el hecho de haberse delegado en él el reclamo de *"reliquidación de cesantías definitivas, vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicio, primas de antigüedad, pensión vitalicia de jubilación, etc."*, apreciándose que el dicho del procesado de cara a la ausencia de explicitud y enunciación de los 29 días que la empresa descontó del interregno total laborado es verosímil, pues del contenido del mencionado documento no es posible atribuir conocimiento al procesado en torno a la aspiración que se reputa irregular, así como tampoco del recargo del 75% que adujo no haber encontrado debidamente integrado en su consolidado de prestaciones sociales y base de estimación de la pensión de jubilación.

No obstante, de las formulaciones hechas en la reclamación administrativa, que de forma personal y directa agotara el señor MARCO FIDEL SOLES CARRILLO ante la empresa portuaria³³, sin tercero interpuesto o apoderado mediador, se advierte en el numeral 1º del escrito la manifestación expresa del acriminado relativa al reclamo de 29 días descontados del tiempo laborado por la participación que tuvo en la huelga adelantada en el terminal de Barranquilla y que a voces del deprecante en aquel libelo, nunca existió; escrito en el que también se dijo en el numerado 4º que los reajustes elevados se fundamentan en el hecho de ser *"trabajador fijo por ser directivo sindical"* aspecto que, como arriba se mencionó, no fue debatido en causa laboral y menos aún fue acogido como fundamento en la condena que se reprocha como irregular, mucho más cuando no el reclamante no tuvo esa calidad.

Y aunque la totalidad de las afirmaciones efectuadas por el acriminado en la reclamación administrativa no componen los eventos analizados en el presente diligenciamiento, al no haber sido debatidos en su integridad en el trámite laboral, estas enunciaciones develan la intencionalidad que desde aquel instante residía en el mismo y que no es distinta a la de aspirar a percibir beneficios dinerarios a partir del reclamo de derechos inexistentes, invocando para ello calidades y fundamentos contrarios o lejanos de la realidad circunstancial y distantes de los mandatos normativos pertinentes, pues no se halla justificante en el hecho de haber reclamado personalmente ante la empresa presuntas prerrogativas derivadas de haber ostentado la calidad de directivo sindical cuando según lo manifestado en sus salidas defensivas y lo contrastado a partir de las probanzas apercibidas al paginario, nunca desempeñó función de esa naturaleza en las asociaciones portuarias.

Los aspectos analizados encausan el presente análisis a ultimar que la afirmación del enjuiciado dirigida a marginarse del objeto de la reclamación judicial alegando el desconocimiento de aquellos aspectos que fueron materia de litigio, al haber sido de manejo exclusivo de su representante, y que claramente adolecían de fundamento fáctico y normativo como se dejó sentado en apartes precedentes, pierde entidad a partir del contenido de la comentada reclamación administrativa, comoquiera que a ese acto acudió el acriminado de manera personal y sin aquiescencia de un tercero al que pueda achacar la responsabilidad en procura del reconocimiento de derechos que fundamentó en inexistentes omisiones atribuibles a su otrora empleadora que ameritaban la revisión de sus percepciones dinerarias, circunstancia que claramente lo aparta de cualquier ajenidad respecto del contenido de la demanda, al encontrarse probado que previo a este actuar

³³ Folios 81 a 83 del c. o. 2 de instrucción.

conocía de primera mano los puntos que habrían de formularse y discutirse en el trámite judicial.

A pesar de que el defensor técnico anota que el poder librado para el adelantamiento de la causa laboral que se reprocha como irregular en este asunto fue el único otorgado por éste con fines de reajuste de sus prestaciones sociales y mesada pensional, lo cierto es que de la revisión de las pruebas que componen la hoja de vida pensional del señor SOLES CARRILLO se corrobora la existencia de asunto promovido ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, en el que se profirió sentencia de 04 de junio de 1999, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda al haberse omitido aportar reproducción de la CCT, así como evidencia de la deprecación promovida ante el Juzgado Quinto de la misma especialidad y urbe en el que fue emitida decisión de 12 de marzo de 1992, acogiendo las exigencias del demandante, posteriormente revocada en sede de consulta por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo mediante proveído de 16 de diciembre de 2003, al hallarse configurada la prescripción de la acción laboral para cuando se enervó el reclamo, asuntos que, se subraya, aunque no hacen parte de los eventos juzgados y claramente son diferentes al analizado en esta causa, dan cuenta del proceder del enjuiciado, cuyo decurso histórico muestra el accionar habitual, mas no insular, del mismo tendiente a formular reclamaciones administrativas y judiciales infundadas contra la empresa portuaria con fines pecuniarios personales.

En esta medida se arriba al convencimiento de que el señor MARCO FIDEL SOLES CARRILLO conocía que con su actuar, dirigido a que se reconocieran prebendas laborales, prestacionales y pensionales, que, en su orden, fueron debidamente atendidas por la empresa portuaria al momento de finalizar la relación laboral con el petente, dirigía irregularmente su conducta a alcanzar la erogación de recursos públicos con destino a su patrimonio sin que mediara causa justa para ello, pues como se ha advertido, ningún aspecto pendiente tenía la empresa portuaria con el procesado, a quien inclusive, le fueron liquidadas sus prestaciones sociales por encima de lo que se le debía, observando debidamente la totalidad de los renglones que componían la base de amortización de sus prestaciones sociales y mesada pensional, y dentro del plazo que convencionalmente se encontraba establecido para este propósito, pues la fecha de su retiro se dio el 01 de junio de 1992 y las resoluciones que le otorgaron la pensión y prestaciones sociales se profirieron en 24 de ese mismo mes y año, ubicando cualquier anhelo adicional que sobre estos tópicos se considerara en la ilicitud.

La amortización de las percepciones dinerarias a que tenía derecho el procesado fueron apropiadamente valoradas y enlistadas por la empresa dentro del pago de las prestaciones sociales tasadas en el

mismo instante histórico en que se adelantaba la liquidación de la entidad, justeza que también se aplicó a la consolidado salarial tenido en cuenta para fijar la mesada pensional, circunstancias de las que se concluye que las resultas lesivas identificadas por la Fiscalía dentro del pliego de cargos como transgresoras del tipo penal de peculado por apropiación ostentan el carácter punible atribuido, al haberse dado en detrimento de los recursos públicos y con la plena conciencia de quien acudió a su reconocimiento de estar accionando en ausencia de respaldo para ello.

El procesado conocía de primera mano el contenido y aplicación de las normas convencionales, pues ha afirmado haber revisado el texto convencional previo a la promoción de la reclamación judicial que se le señala criminalmente, particularidad que lo ubica en la aprehensión directa del texto normativo que cimentó sus reclamos, conocimiento que igualmente se lo otorgaba el hecho relativo a que en desarrollo de su labor cotidiana estaba atento y cuidadoso del reconocimiento y pago de los beneficios inherentes al cargo que particularmente desempeñaba; de aquellos emolumentos adicionales que con ocasión a la eventual extensión de su jornada laboral se debían reclamar o aquellos que en virtud del manejo de determinadas operaciones especiales se debían tasar de forma deferente en su salario, por lo que el hecho de accionar administrativa y judicialmente en contra de la entidad para la que trabajó por el espacio de 20 años y 29 días reclamando la inclusión de aquellas jornadas que le fueron debidamente descontadas enterado de la irregularidad de este pedimento, como él mismo lo manifestó, ubica su proceder en el evidente dolo.

Aunque el enjuiciado pretenda escudar su compromiso criminal en la presunta confianza que le generó la asesoría prestada por el profesional del derecho que lo representó en la causa laboral, resulta diáfano que previo a ello, de forma personal y sin interpuesta persona, reclamó por vía administrativa los mismos renglones que integraron parcialmente el objeto de la demanda, aspecto que dilucida cualquier duda en torno a la ciencia que sobre la identidad de las pretensiones acompañó al extrabajador portuario, descartándose la mediación de artilugios del togado GUTIÉRREZ ALFARO tendientes a disuadir al procesado para deprecar rubros a los que no tenía derecho, pues como se dijo en precedencia, el hecho de haberlos reclamado de forma personal lo ubican en el entero manejo de las pretensiones que a posterior integraron la demanda de la que se ha querido desmarcar.

Acorde al examen precedente esas exculpaciones en manera alguna desvirtúan la trascendencia del reproche sindicado por la Fiscalía, pues la ajenidad de responsabilidad que plantea palidece ante las pruebas glosadas al expediente, a partir de las que se derriba la presunción de inocencia y se consolida el compromiso del convocado a reproche

penal, sin que emerja duda de que era conocedor que como extrabajador de la empresa portuaria no tenía derecho a la reamortización de sus prestaciones sociales y mesada pensional a partir de la presunta inobservancia atribuible a la empleadora, mucho más cuando conocía las cifras dinerarias y los conceptos que mes tras mes le fueron pagados, ajustadamente apreciados en la liquidación final.

Estos aspectos permiten zanjar la trama consolidadora de la responsabilidad del extrabajador, quien pretendió mostrarse ajeno e ignorante del contexto que se dio en la presentación de las diversas solicitudes para acceder de forma irregular a los recursos públicos, valiéndose del momento propicio en el que la empresa en liquidación se hallaba desprovista de defensa para postular las deleznables pretensiones, alcanzando el consabido provecho dinerario.

Estas enunciaciones encausan el examen probatorio a afirmar que el otrora trabajador portuario tenía ciencia acerca de que las pretensiones plasmadas en la demanda y reclamación administrativa contrariaban los derroteros convencionales y principios generales del derecho, que quiso consolidar los conocidos resultados merecedores del reproche penal, definidos en el pago de sumas declaradas en las referidas providencias judiciales y cristalizadas en las decisiones administrativas antedichas, y aun siendo consciente de que con sus pretensiones lesionaría la administración pública, dirigió su actuar a la efectiva consumación de los propósitos delictuales; deliberaciones que reafirman el compromiso atribuido por la Fiscalía y demandan la necesidad de imponer las sanciones penales que más adelante se graduarán.

Los planteamientos esbozados dejan sin fundamento la tesis de la defensa, dirigida a cuestionar el análisis realizado por la Fiscalía, en el entendido que ésta efectúa señalamientos en aparente ausencia de fundamento fáctico o jurídico y en orfandad de los necesarios elementos que demuestren tanto la materialidad de los eventos investigados como el compromiso subjetivo del procesado, pretendiendo conceder validez a la postura de su prohijado acerca del desconocimiento de que con su actuar se quebrantaban prohibiciones comportamentales de interés para el derecho penal que afectaron en cuantía exorbitante los recursos públicos, pues no pasa de ser una afirmación desprovista de puntos fundamentados que refuten con idoneidad las razones por las que considera su cliente se debe entender asaltado en su buena fe, máxime cuando lo que se encuentra probado es el conocimiento que éste tenía de las normas convencionales para el momento en que se dio el reclamo por vías administrativa y judicial.

En lo que atañe a la lesividad del comportamiento delictivo del acriminado, se estima que, como se precisó en apartes precedentes, además de típicos son abiertamente antijurídicos, pues resultan

atentatorios del bien jurídicamente tutelado conocido como la administración pública.

Ese valor superior amparado por el ordenamiento normativo en lo que toca al delito de peculado por apropiación, es la administración pública, acerca del cual la doctrina ha decantado que no sólo implica las funciones relativas a la rama ejecutiva del poder público, sino que concierne a las otras, incluso los órganos de control. Es así como se ha sostenido que *“el concepto de administración pública comprende toda la actividad funcional del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa”*³⁴. En el mismo sentido se ha decantado lo que comprende dicho bien jurídico, cuando se manifiesta que *“se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”*³⁵.

Frente al objeto jurídico de protección específico del peculado por apropiación el tratadista ya mencionado ANTONIO JOSE CANCINO sostiene: *“en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública”*³⁶.

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

De cara al caso concreto, se observa que el propósito del acusado, desde la actuación que ha sido individualizada en apartes preliminares, se constituye en acto inequívocamente orientado a alcanzar el reconocimiento y pago irregular de acreencias laborales improcedentes en derecho y a generar un sistemático desfaldo al erario, generando también una agresión material consumada a la administración pública al afectar el interés del Estado en la probidad y corrección de los funcionarios que concurrieron en la confección de tales actos, vulnerando asimismo el desarrollo estatal de las funciones públicas de

³⁴ BERNAL PINZON, Jesús. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 1

³⁵ FRANCISCO JOSE FERRERA, Delitos contra la Administración Pública. 3 ed., Editorial Temis, Bogotá, 1995.

³⁶ CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 93-94.

administración, custodia o tenencia de los bienes oficiales. Por ello, es claro que el acusado con su actividad no sólo contradijo el ordenamiento jurídico penal, sino que también lesionó el bien jurídico tutelado, sin que mediara justa causa para ello.

En esa medida, el Despacho encuentra acreditado que las conductas descritas son objetivamente típicas y antijurídicas, y corresponden al punible de peculado por apropiación agravado, de acuerdo con el canon 397 primigenio inciso 2º de la actual codificación represora, dado que en razón de los comportamientos perpetrados por el acriminado como extrabajador portuario se concretó la afectación a los recursos públicos en cuantía superior a 200 SMLMV, configurando ello una agresión efectiva contra el bien jurídico tutelado de la administración pública.

Del advertido manejo que exhibía el procesado respecto de las normas convencionales y la clara intención mostrada de favorecerse económicamente de las resultas de sus reclamaciones administrativa y judicial se ultima que las exculpaciones presentadas por éste y por su representante defensivo tendiente a mostrar la presunta lejanía frente a la transgresión que se juzga en la presente causa penal no son de recibo para el Juzgado, ya que como se ha anotado con insistencia, el hecho de que el extrabajador hubiere revisado previamente el contenido de las normas convencionales, ejecutara de forma periódica labores generadoras de diversas percepciones dinerarias que implicaban reajustes directamente relacionados con las normas convencionales, y aun sabiendo la improcedencia de sus aspiraciones decidiera agotar los actos que estaban a su alcance para cristalizar su cometido muestran su claro compromiso penal, mucho más cuando es de dominio público y constituye regla de experiencia que nadie está legitimado para reclamar ni percibir en derecho contraprestación dineraria alguna por tiempo que no ha laborado, como en el caso de las huelgas acorde a lo arriba explicitado.

Por manera que el Despacho arriba al convencimiento exigido por el ordenamiento jurídico acerca de que el encausado desplegó las actividades típicas y antijurídicas peculadoras aquí analizadas con dolo, es decir, con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y con entera voluntad de desarrollar las conductas y conquistar la finalidad delictual y sancionada por la Ley previamente propuesta.

Asimismo, fortalece estas conclusiones el hecho que se extrae del comportamiento del acriminado así como del momento y contexto histórico en el cual, en cuanto oportunidad y escenario propicio, fue usado por el mismo para perpetrar la conducta que se examina³⁷, puesto

³⁷ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M.

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

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

“...se investiga a servidores públicos, abogados y trabajadores de Puertos de Colombia, resultando palmario en tales asuntos que el fondo de liquidación de dicha entidad se convirtió en la caja menor de personas que se propusieron obtener retribuciones económicas que en estricto derecho no les correspondía³⁸.

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

Dra. Esperanza Najar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

³⁸ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha proferido sentencias y autos de casación, y como juez de primera y segunda instancia por hechos referidos a la defraudación de Foncolpuertos por delitos de *peculado, prevaricato, fraude procesal, estafa, falsedad, concierto para delinquir* y otros punibles, así: 07/11/2001, radicación 18882; 12/05/2000, radicación 16863; 25/09/2001, radicación 18021; 28/11/2002, radicación 17022; 16/12/2002, radicación 19095; 21/01/2003, radicación 19489; 06/03/2003, radicación 18021; 23/04/2003, radicación 18021; 27/05/2003, radicación 18666; 26/11/2003, radicación 19630; 09/02/2005, radicación 23153; 04/05/2005, radicación 23550; 15/11/2005, radicación 24466; 26/01/2006, radicación 20647; 18/05/2006, radicación 23350; 01/06/2006, radicación 21428; 16/06/2006, radicación 24746; 16/06/2006, radicación 24145; 16/06/2006, radicación 23954; 22/06/2006, radicación 24379; 29/06/2006, radicación 23350; 13/07/2006, radicación 25159; 13/07/2006, radicación 25617; 27/07/2006, radicación 25615; 12/09/2006, radicación 25362; 26/09/2006, radicación 26072; 05/10/2006, radicación 25290; 12/10/2006, radicación 26046; 19/10/2006, radicación 26221; 19/10/2006, radicación 25804; 09/11/2006, radicación 26198; 20/11/2006, radicación 25615; 23/11/2006, radicación 26300; 23/11/2006, radicación 26091; 01/02/2007 radicación 26198; 28/02/2007, radicación 23564; 28/02/2007, radicación 25475; 07/03/2007, radicación 23979; 21/03/2007, radicación 26695; 27/03/2007, radicación 27124; 09/04/2007, radicación 27124; 11/04/2007, radicación 25612; 20/04/2007, radicación 27124; 27/04/2007, radicación 27124; 03/05/2007, radicación 27124; 06/06/2007, radicación 25661; 27/06/2007, radicación 27393; 01/08/2007, radicación 27598; 01/08/2007, radicación 25263; 15/08/2007, radicación 25800; 06/09/2007, radicación 27092; 28/11/2007, radicación 24905; 28/11/2007, radicación 27225; 30/01/2008, radicación 25043; 20/02/2008, radicación 27425; 29/02/2008, radicación 29222; 06/03/2008, radicación 29317, entre otros asuntos.

También dijo en otra decisión:

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

Recuérdese –tal como lo ha precisado la Sala en abundantes pronunciamientos emitidos en sede de casación³⁹- la manera en que operó la masiva defraudación a los bienes estatales, cuando los ex trabajadores portuarios -a través de un bien montado contubernio en el que participaron abogados litigantes y, de manera decisiva, algunos jueces laborales- se hicieron a multimillonarias e ilegales prestaciones, aprovechando así, no solamente el desorden administrativo imperante en todo el proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, sino la participación de funcionarios judiciales corruptos que hicieron caso omiso de la ostensible improcedencia de las demandas instauradas.

El anterior proceder ha constituido lugar común en las numerosas defraudaciones a los bienes del Estado con ocasión de las demandas dirigidas contra Foncolpuertos, a tal punto que, a través de incontables pronunciamientos jurisprudenciales, se ha elevado a una verdadera regla de experiencia, la cual fue aplicada a varias de las también numerosas sentencias condenatorias...⁴⁰”

Es claro que el acriminado utilizó este contexto como oportunidad y ambiente propicio para perpetrar la conducta que se examina⁴¹. En efecto, se aprecia que estaba al tanto de esta situación, pues en su salida procesal en fase de causa informó haber resuelto accionar en contra de la empresa al enterarse de que sus compañeros estaban reclamando reajustes a los que presuntamente tenían derecho, memorando que fue esa una de las causas para adelantar la deprecación judicial que se le imputa criminalmente, proceder que lo ubica en la advertida situación de embate del que estaba siendo víctima la entidad liquidada y hace emerger a la luz de los principios que gobiernan la sana crítica, la persuasión racional y la valoración probatoria el indicio de oportunidad grave contra el acriminado,

³⁹ Entre otras muchas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación No. 30816.

⁴⁰ Radicado 32552, sentencia de 22 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

⁴¹ La Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante decisión de fondo emitida el 09 de mayo de 2012, en el asunto 1100131010472009000369, con ponencia de la H. M. Dra. Esperanza Najar Moreno, señaló que el estado de corrupción que se generó y que campeaba por entonces en Foncolpuertos, en lo tocante a la liquidación de la empresa nacional portuaria, constituye un hecho notorio conocido por todos, y no un simple rumor público.

máxime cuando su actuación se enderezó a lograr efectos dinerarios ilícitos, cuando al interior de FONCOLPUERTOS era conocida la ligereza con que sus dependencias internas emitían conceptos en torno de las presuntas conductas delictivas cometidas con las reclamaciones y su acogimiento, la falta de defensa integral de la Nación, y el bajo nivel de importancia dado al control respecto de las peticiones formuladas y de los conceptos estimados por los Jueces Laborales del Circuito, como se deriva del material suasorio aquí acopiado.

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

Así, en ese marco de acontecimientos, la realidad brindaba la oportunidad necesaria y requerida para que el acusado en concurso con su apoderado, intentaran lo propio en su beneficio. De lo anterior se desprende que los hechos acreditados se dirigen a demostrar que en ese contexto de desfalco de FONCOLPUERTOS el acriminado adelantó las acciones que estaban a su alcance y disposición para concretar el reconocimiento y pago de procesos judiciales que a posterior se agruparon en el acta conciliatoria, con el proferimiento de las respectivas resoluciones administrativas obteniéndose los beneficios dinerarios a cargo de la Nación.

Sobre el particular, en sentencia del 12 de mayo de 2010, con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González de Lemos, en el asunto No. 29799, el máximo órgano en lo penal, reitera⁴²:

“... hacía por lo menos dos años (noviembre de 1996) desde cuando los diversos medios de comunicación escrita y oral de Colombia venían registrando en forma profusa noticias entorno a la millonaria

⁴² Radicado 000369, sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 09 de mayo de 2012. MP. Esperanza Najar Moreno.

defraudación, precisamente con ocasión del masivo cobro irregular de obligaciones laborales ya pagadas o reliquidaciones infundadas, que se sustentaron en resoluciones espurias, mediante la connivencia entre ex trabajadores, abogados litigantes quienes los representaban, así como apoderados de la empresa, ex directivos de Colpuertos, directivos de Foncolpuertos y lo más importante, funcionarios judiciales..."

Todo aquel ámbito de caos de la empresa portuaria fue aprovechado por el enjuiciado, pues, con el recuento anterior, se muestra cómo mediante reclamación judicial se declaró la inclusión de 29 días descontados del tiempo total laborado, sin que le acompañare sustento legal ni convencional para ello, circunstancia que se dio en tiempo en el que ya era de conocimiento nacional a través de los medios de comunicación las irregularidades que se estaban presentando en torno de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, y que llevaban a determinar el actuar para obtener un provecho económico huérfano de fundamento cierto, situación que no le era ajena a quienes acudieron al reconocimiento de sus acreencias prestacionales y pensionales ante la presunta impericia de la empresa.

Esta conclusión se fortalece en el hecho previamente advertido, relativo a que nadie puede argüir a su favor haber actuado de buena fe cuando quebranta el ordenamiento normativo perpetrando actos defraudatorios lejanos de la verdad, la justicia y la equidad; y cuando a voces de la regla 9ª del Código Civil (CC) ninguna persona puede excusarse en la ignorancia de la Ley, mucho más cuando, como resulta cierto en el presente caso, está demostrado que el extrabajador sobre quien ha recaído el llamamiento a juicio era conocedor de las prebendas derivadas de la normatividad especial y supletoria aplicable, pues es sabido que fue el manejo que ostentaba respecto de las normas convencionales el que lo impulsó a iniciar el reclamo que hoy lo convoca a juicio.

Superado el examen de los tópicos consolidadores de la existencia de la conducta punible y decantada la responsabilidad del señor SOLES CARRILLO, el Despacho pasa a referirse a su grado de concurrencia personal en el comportamiento por el cual se procede, respecto de quien se encuentra demostrado que su actuar es objetivamente típico y antijurídico, y que acorde a las precisiones realizadas acerca de su compromiso personal le es reprochable la irregular intención de acometer la reclamación efectuada por intermedio de representante judicial, convocándose a título de partícipe determinador de la conductas reprochadas.

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

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

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

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

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

La doctrina referente a la figura del determinador ha señalado que “es un partícipe cuya responsabilidad penal se fundamenta en el dispositivo amplificador y se rige por el principio de accesoriedad limitada; el determinado, ejecutor material, es el verdadero autor que tiene el dominio de hecho y por tanto debe reunir las características personales exigidas en el tipo”⁴³. También ha sostenido que el “partícipe es el que efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, trátase de una instigación [determinador] o de un cómplice, por ello esta forma de concurso de personas se caracteriza de manera negativa, pues el agente no ejecuta la acción típica”⁴⁴.

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

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

Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento, están dados en que aquel se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable.

⁴³ HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de derecho penal, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

⁴⁴ MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General Fernando Velásquez V. Bogotá, 4ª edición, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, página 584.

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

La Corte, al respecto, ha dicho:

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

Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado⁴⁵.

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

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

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

(...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de junio de 2006. Rad. 25068.

superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación⁴⁶.

En otra oportunidad dijo:

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

*Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo factur*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico⁴⁷.*

(...)

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

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

Frente a la figura del determinador en los delitos con sujeto activo cualificado, el máximo órgano de lo penal colombiano, en fallo de 03 de junio de 1983, había señalado que la condición especial exigida en el tipo sólo se reclama de quien materialmente realiza la conducta y no del determinador. Sobre el tema precisó esa Alta Colegiatura:

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

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

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

De estas puntualizaciones se concluye que el actuar del procesado se compadece con la determinación de la conducta reprochada, ya que desplegó los actos que se hallaban dentro de su órbita para lograr que, previos los trámites respectivos, los servidores públicos competentes que tenían la potestad dispositiva sobre el erario desarrollaran su actividad, ya dictando una sentencia condenatoria, en lo que toca al Juez Laboral, ya emitiendo un acto administrativo que ordenara pagar esa condena, en lo atinente al para entonces director de FONCOLPUERTOS, y que el valor ordenado en esa decisión ilícita le fuera efectivamente pagado, cuando así lo fue.

En este orden, emerge prístino que el enjuiciado no tenía la facultad legal para disponer directamente del peculio oficial ni se le había confiado éste para su administración, razón por la cual no se le puede atribuir la condición propia que demanda el sujeto calificado activo del delito de peculado por apropiación, el cual, para el caso, sólo es predicable de los citados Juez Laboral y Director del fondo liquidador, situación de la que se desprenden que no puede ser entendido como autor del reato peculador.

A ello se agrega que tampoco puede enrostrarse a éste haber actuado como coautor o como cómplice, pues para ello era necesario, en principio, demostrar la presencia de un acuerdo común entre los sujetos agentes del ilícito, y, en el asunto de la especie, no se acreditó dicho estado compartido de consentimiento o confluencia de voluntades producto de un convenio entre éstos. Tampoco está probado que actuara como autor carente de la calidad especial reclama por la Ley, al menos para predicar la existencia de una autoría impropia, mucho más cuando, se memora, no fue él quien dio vida jurídica ni validó la referidas daciones judiciales o resoluciones administrativas que ordenaron los pagos que se escrutan, lo cual elimina la posibilidad de considerar que desplegó su conducta como interviniente.

En este orden, estima el Juzgado que en el presente caso no se revelan las circunstancias fácticas acreditadas para arribar al predicamento de que el acriminado SOLES CARRILLO obró dentro de los parámetros de la autoría, la coautoría, la complicidad o la intervención de acción para enrostrarle alguna de estas modalidades de agente delictivo, ante lo cual no se atisba confusión en la acusación, aunado a que tampoco se detalla que se halle demostrado que formaba parte de una red o asociación delincuencial. No empece, con toda certeza se deriva que el grado de concurrencia personal que le es propio es el de determinador.

Ciertamente cuenta el paginario con las piezas suasorias pertinentes e idóneas que, al ser analizadas de forma crítica y conjunta, conducen a aseverar que se está ante la existencia de eventos provistos de mérito para sostener con certidumbre que al acusado le es enrostrable un grado de aparición en escena y de despliegue de su accionar que en criterio de este Estrado no es el que corresponde al de autores o, por lo estimado, al de coautores, al de cómplices o intervinientes, sino al de un partícipe en condición de determinador con relación a la conducta constitutiva del evento estudiado en esta decisión, comoquiera que no tenía el dominio del hecho para comprometer directamente y *mutuo proprio* el erario, habida consideración de que quienes por Ley tenían esa potestad eran los referidos Juez Laboral y el Director General de FONCOLPUERTOS.

De lo analizado se arriba a la clara y advertida ausencia de vacilación respecto de la incursión personal del procesado instando a quienes

disponían de los recursos estatales, pues del actuar de éste se derivan necesariamente los elementos que estructuran la determinación ejercida respecto de quienes desde sus sitios disponían de los recursos del tesoro, pues la interposición de la demanda con la enunciación de pretensiones lejanas de la realidad, con el entero conocimiento que los conceptos que cimentaban las pretensiones no contaban con amparo convencional o legal, se erige como la clara intencionalidad de pretender dar apariencia de legalidad a un reclamo que no contaba con ella, actuar que en criterio del Juzgado revela la indefectible voluntad del demandante y su apoderado de impulsar al funcionario judicial o administrativo a que adoptara la decisión que era de su competencia en contra vía de derecho, instigación que aunada al advertido manejo de las garantías laborales que exhibía el solicitante y su representante, congregan los requisitos que en antecedencia se identificaron.

Lo anterior aviene libre de hesitaciones, mucho más cuando también se aprecia que si bien es cierto la doctrina jurisprudencial en materia penal ha admitido que la determinación se fragua a través de las modalidades a las que hace mención, como la coacción superable, la promesa de remuneración y muchas otras, no lo es menos que tales corresponden únicamente a ejemplos de mecanismos, sin que alguna vez hubiese establecido un número cerrado (*numerus clausus*), de allí que haga también referencia a que no pretende agotar el tema o que igualmente es viable a través de otros medios (*numerus apertus*) que conducen efectivamente a que el determinador logre que el determinado obre injustamente en el sentido ilícito que el primero se propone, sin que para este efecto, como en el presente asunto, sea necesario el conocimiento previo o concomitante, o la relación interpersonal, negocial, de amistad, o el común acuerdo expreso entre éstos, como sin mérito alguno alega la defensa, situación que en manera alguna exculpa al acriminado en lo que mira a su posición de determinador, en cadena, ni desvirtúa su actuar concreto y probado.

Así las cosas, el exportuario al agotar el trámite ante la autoridad administrativa directamente y judicial a partir de la delegación entregada a su representante, hizo lo que estaba en su dominio para apropiarse ilícitamente de dineros públicos, viabilizando efectivamente lo que estaba de su parte para mover el aparato judicial y administrativo, a fin de que fueran las autoridades competentes las que dispusieran lo de su cargo, y, en la medida de su competencia, ora mediante providencias, ora mediante actos administrativos, su propósito se materializara en la realidad, es decir, lograr que del Tesoro nacional se destinaran rubros para engrosar abultada e indebidamente su peculio personal, a través de cadena de determinadores en la cual, sin duda alguna, participó éste.

Por ello, resulta diáfana la resolución en el acriminado que dichos servidores públicos cometieran una conducta típica y antijurídica para beneficio propio, como lo fue que se reconocieran conceptos irregulares en las mentadas providencias judiciales y que la entidad estatal emitiera las resoluciones administrativas mediante la cuales se ordenó pagar montos sin ningún sustento fáctico ni tampoco jurídico.

Así, el exportuario encausado extendió mandato a profesional del derecho, del cual se derivaron las actuaciones que culminaron en los referidos reconocimientos de reliquidación de prestaciones sociales, pago de salarios moratorios y reajuste de la mesada pensional, con el propósito y voluntad inequívocos de conseguir que la idea delictual se transformara con la necesaria actuación del respectivo servidor público o quien se le equiparaba, en una decisión ilegal favorable a la finalidad delictual por él trazada, la cual se concretó en la comisión del delito peculador ya examinado.

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

En este orden, es evidente que el reconocimiento de los conceptos y rubros arriba escrutados, con contravención de las normas convencionales, supletorias y líneas jurisprudenciales pertinentes, fueron posibles con el concurso efectivo de servidores públicos, como el Gerente General de FONCOLPUERTOS de manera directa y el Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla de la época, quienes tenían la facultad de disponer del erario, cumpliéndose así lo normado en el artículo 20 del actual CP y en el precepto 18 de la Ley 190 de 1995, respecto de quien es considerado como servidor público, logrando determinar el encausado con su conducta criminal la comisión del ilícito aquí analizado.

Estas apreciaciones encausan las conclusiones a que la participación del extrabajador portuario en el trámite judicial estaba previa y conscientemente trazada para dar apariencia de licitud en desarrollo del proceso laboral, con conocimiento de que el funcionario judicial de la ciudad de Barranquilla despacharía de forma favorable sus pretensiones; empero, esa estrategia, consistente en una cadena real y material de determinadores, no llama a confusiones ni tampoco a dudas, toda vez que resulta diáfano que el entramado creado por quien se convoca a juicio criminal conlleva a un punto común que es el de concretar los actos

consumativos del reato de peculado por apropiación agravado en detrimento de los recursos públicos.

Superada la anterior temática, se observa que el mandato 12 del CP establece: *“Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradica toda forma de responsabilidad objetiva”*.

En torno del esquema de culpabilidad consagrado en la Ley 599 de 2000, la doctrina nacional indica que *“El nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), a diferencia del Código Penal de 1980, no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática; sin embargo, se podría afirmar que sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido”*⁴⁸.

Respecto de este elemento requerido para la concreción del punible, discutido en detalle previamente, el Despacho considera que el procesado merece el correspondiente juicio de reproche, en calidad de imputable, por haber realizado comportamientos típicos y antijurídicos, al serle exigible otra conducta, ya que pudiendo actuar conforme al ordenamiento, por ejemplo, absteniéndose de perpetrar el reclamo que devino en el adelantamiento de la actuación judicial, decidió deliberadamente llevar a cabo las actividades delictuales descritas con anterioridad, obrando con conocimiento de la antijuridicidad al saber la ilicitud de su comportamiento y que con él lesionaba los más altos valores estatales que garantizan la convivencia, máxime cuando era persona que por entonces conocía los cánones imperantes y los asuntos prestacionales y laborales relativos a las reclamaciones aquí examinadas, mucho más cuando se constata que si realmente su intención inicial hubiere sido no reclamar pago alguno por los 29 días de huelga, como aseveró en su defensa, no lo hubiera solicitado en la reclamación que agotó la vía gubernativa previa que era requisito procesal de la demanda judicial ni tampoco hubiera guardado silencio ante la condena adversa a FONCOLPUERTOS con que fue favorecido, pues si se trató de un error o de un engaño del que fue víctima y su afán era el de no lesionar las arcas públicas, pudo haber declinado de la ejecución de la condena o haber rechazado el pago, pero no actuó en este sentido que en realidad hubiera acreditado su buena fe, de modo que a ser contraria la vía por la que optó, demostró la satisfacción por haber logrado el propósito ilícito propuesto.

En esta medida, no ofrece duda alguna que el acusado actuó de menara dolosa, en calidad de imputable y con la culpa que la

⁴⁸ CORDOBA ANGULO, Miguel. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 364.

reglamentación punitiva demanda para que se fulmine condena en su contra, máxime cuando no están probadas en su favor actualizaciones de circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad.

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

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.

PUNIBILIDAD

Habiéndose examinado los elementos estructuradores de la conducta punible y los derroteros que consolidan el compromiso del procesado, el Despacho pasará a definir la sanción a imponerle por la comisión del delito perpetrado, analizando lo correspondiente a la pena principal y a las accesorias del convocado a reproche.

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

En este orden, el peculado por apropiación establece como pena, según la disposición 397 original del CP vigente, de 6 a 15 años de prisión, es decir, de 72 a 180 meses. Empero, en el caso de circunstancia de agravación por cuantía, el Legislador indica que si el objeto material del mismo supera el valor de los 200 SMLMV, dicha sanción se aumentará hasta en la mitad, como habrá de obrarse en el presente caso según lo explicitado en el acápite precedente, de suerte que los nuevos extremos punitivos, de conformidad con el canon 60 inciso 2º regla 2ª de la Ley 599 de 2000, serán de 72 a 270 meses de prisión.

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

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	ULTIMO CUARTO
---------------	----------------	---------------	---------------

72 a 121.5 meses	121.5 a 171 meses	171 a 220.5 meses	220.5 a 270 meses
------------------	-------------------	-------------------	-------------------

Ahora bien, para fijar el cuarto en el que el Despacho debe moverse, se tendrá en cuenta que en el presente caso no se encuentran imputadas ni acreditadas circunstancias agravantes genéricas o de atenuación punitiva, por lo que al no haberse imputado circunstancias de incremento sancionatorio, de acuerdo con el inciso 2° del mandato 61, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, esto es, entre 72 y 121.5 meses de prisión; y para efectos de la tasación dentro de los límites señalados anteriormente, el inciso 3° del artículo 61 represor indica que se deben analizar los siguientes aspectos.

En lo que atañe a la gravedad de la conducta se aprecia que este tópico reside en la seriedad y trascendencia del comportamiento ilícito perpetrado, debido al cual se cometió el punible de peculado por apropiación que toca un bien jurídico de gran relevancia para el ordenamiento jurídico como la administración pública. La conducta desplegada por el procesado MARCO FIDEL SOLES CARRILLO no sólo constituyó una amenaza real y cierta del acotado bien jurídico, sino que se gestó en el marco del gran detrimento patrimonial generado al Estado en el caso de FONCOLPUERTOS, que aún hoy tiene implicaciones pecuniarias adversas para las arcas estatales, dentro de la materia particular y atinente al área de las pensiones en el sector público, punto que revela su importancia e impacto estatal y social.

El actuar del acriminado ante autoridad judicial y administrativa del Estado que contaban con la disposición sobre los bienes del mismo para determinarlas a fin de que emitieran decisiones de su competencia para materializar el punible de peculado por apropiación agravado, se erige como delito atentatorio contra la administración pública de innegable relevancia para el ordenamiento jurídico y la convivencia pacífica del conglomerado, con el cual puso igualmente en entredicho la confianza y credibilidad de los asociados en las autoridades administrativas y judiciales así como en la legalidad de sus decisiones, e incrementó el desgaste de las instituciones públicas que debieron atender el enderezamiento a derecho de la situación, desde el campo administrativo y ejecutivo.

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

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

Profundizando en el tema la doctrina penal ha señalado:

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

En nuestro país, los índices de corrupción en el sector público han alcanzado dimensiones que lindan con lo que la doctrina ha dado en llamar 'hipercorrupción', 'corrupción galopante' o generalizada, ya que el flagelo ha invadido todos los ámbitos de la vida social..."⁴⁹.

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

Ahora bien, el no contar con antecedentes judiciales⁵⁰, materializados en sentencias condenatorias en su contra, al momento en que se cometieron los hechos, muestra que el implicado no ha atentado contra el ordenamiento jurídico en otras ocasiones previas.

En torno a la intensidad del dolo, se destaca que el acusado sabía que el comportamiento que desplegaba constituía conducta punible, y aun así lo realizó, conociendo las implicaciones que acarrearía determinar a servidores públicos para apoderarse de bienes del Estado, más aun en las

⁴⁹ Manual de Derecho Penal, Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra, Pág. 1147.

⁵⁰ Folio 26 c. o. de causa.

condiciones del gran desfaldo contra FONCOLPUERTOS; por manera que aunado a lo ya expuesto, en criterio de este Estrado el nivel de intencionalidad mostrado por el imputado es alto.

Por lo anterior el Despacho halla que tanto el riesgo ilegal efectivamente creado y el impacto causado en el bien jurídico tutelado en cuanto afectación real y material, como el alto nivel del dolo mostrado por el acriminado, demandan definir la pena básica a imponer por el delito de peculado por apropiación agravado materia de este juzgamiento en **SETENTA Y OCHO (78) MESES DE PRISIÓN** a título de determinador responsable de la conducta punible señalada, **guarismo al cual se ajusta también la sanción principal de INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.**

De la pena de multa.

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

Así, en el presente caso, teniendo en cuenta que las erogaciones a cargo del Estado derivadas del proceder del acriminado se dieron mediante actos administrativos 1070 de 24 de mayo de 1995, 330 de 19 de febrero y 1350 de 25 de junio de 1996, último de los cuales impactó de forma periódica en el erario con ocasión de la variación de la mesada pensional del procesado, se encuentra acreditado que las cuantías que componen el probado detrimento a los recursos públicos, acorde al contenido de la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, ascienden a \$454´478.549,48 equivalentes a 848,54 SMLMV, importe que se implanta como el global de lo apropiado y constituye como pena de multa, visto adicionalmente que la cuenta a la que se arribó no excede el tope señalado en la mencionada norma, y acorde al derrotero seguido por el máximo Juez Penal Colombiano en su jurisprudencia⁵¹.

⁵¹ Por ejemplo, en sentencia SP9225-2014 proferida con ponencia de la H. M. Dra. María del Rosario González Muñoz, dentro del radicado N° 37462, el 16 de julio de 2014, al momento de definir la punición, esa Corporación señaló que en tratándose del delito de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 del CP, la sanción corporal allí contemplada, que se entiende en el inciso primero, se aumenta en una mitad; en tanto que la pena de multa equivale al valor de lo apropiado. De dicha tasación se desprende que la Colegiatura encargada de unificar la jurisprudencia nacional sobre el particular, ha dejado sentado que el monto de sanción pecuniaria a imponer en los eventos de peculado por apropiación agravado por cuantía superior a 200 SMLMV, es el mismo de la suma dineraria sobre la que versó el ilícito, baremo que es acogido por este Estrado, de cara a lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta y habida consideración de que el citado pronunciamiento constituye precedente jurisprudencial, y, por ende, criterio auxiliar de la actividad judicial.

La multa **deberá ser cancelada cuando adquiera firmeza este fallo en la cuenta especial destinada para tal efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho**, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022, que modificó el canon 42 de la Ley 599 de 2000.

Cuando quede ejecutoriado este pronunciamiento, **se remitirá por la secretaría de este Juzgado la primera copia del mismo con constancia de ello y de prestar mérito ejecutivo, indicando la fecha de firmeza, a la Oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Bogotá para los fines legales pertinentes**, o en su defecto certificación en el sentido y para el propósito indicados en el artículo 367 del Código General del Proceso (CGP), por cuanto mediante la sentencia C-043 de 01 de marzo de 2023, la H. Corte Constitucional, con ponencia de la H. M. Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera, declaró inexecutable el párrafo del citado artículo 6 de la Ley 2197 que señalaba que la Oficina de Cobro Coactivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado era la encargada del cobro coactivo de las multas.

DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

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

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

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

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

El aspecto a destacar es que una vez identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, no es posible tomar de la antigua ley una parte y de la nueva, otra, porque de hacerlo, correspondería a una modalidad de configuración híbrida o de *lex tertia* que es inadmisibles en casos como el que se examina, según lo expresado por la Sala de

Casación Penal⁵², y en la que además el Juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador, lesionando así los principios de reserva legislativa y de legalidad.

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

Ahora, la legislación de 2014 en su regla 29, determina que los presupuestos son:

“1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68° de la Ley 599 de 2000, el Juez de conocimiento concederá lo medido con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el Juez podrá conceder lo medido cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”.

Confrontando las dos legislaciones, y anteponiendo el principio constitucional de favorabilidad, se observa que, si bien es cierto inicialmente y frente al primer requisito, se podría estimar que es más ventajosa la Ley posterior, por cuanto se amplía el espectro sobre el factor objetivo, vale decir, de la exigencia de tres años pasa a cuatro, frente al caso concreto se aprecia que la sanción corporal a imponer al procesado sancionable rebasa con creces tales linderos objetivos.

Asimismo, al observar el segundo de los requisitos, se encuentra una prohibición explícita, contenida en el inciso 2° del actual canon 68 A del CP el cual fue entronizado por el precepto 32 de la mencionada Ley

⁵² Providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 24 de febrero de 2014, en el caso de única instancia identificado con el radicado 34099 (AP782-2014) adelantado contra Piedad Zucardi. Igualmente puede consultarse el auto de 3 de septiembre de 2014, adoptado por esa Alta Colegiatura en el radicado AP 5227-2014, 44.195, con ponencia de la H. M. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

1709, el cual crea ciertas excepciones a la prohibición de la concesión este subrogado⁵³.

Entonces, es claro que a pesar de que el mandato 68 A actual del estatuto represor excluye de manera general ese beneficio para el delito base de punición de este caso, por lo que el aquí acusado sancionable no podría ser beneficiario de dicho subrogado transitorio por incumplimiento de los requisitos objetivos.

No obstante, cabe advertir que en la providencia emitida por la Sala de Casación Penal el 28 de septiembre de 2022, con ponencia de la H. M. Dra. Myriam Ávila Roldán, dentro del radicado 61904 (SP3371-2022), se adujo:

"... si bien la suspensión prevista en el art. 471 de la Ley 600 de 2000 - aplicable en los mismos casos de la detención preventiva (art. 362-1 ídem)- es competencia del juez de ejecución de penas, no es menos cierto que, acorde con la jurisprudencia de la Sala (cfr. entre otras, CSJ SP955-2020, rad. 54.201 y SP646-2021, rad. 53.174), tal beneficio también puede ser reconocido por el juez de conocimiento o de la causa."

Desde esta óptica y de acuerdo con el artículo 471 de la Ley 600 de 2000, este subrogado procede en los mismos casos de la interrupción de la detención preventiva, reglada en el artículo 362 del CPP, que a su turno la consagra, entre otros eventos, para el sindicado mayor de 65 años, cuando su personalidad así como la naturaleza o la modalidad del comportamiento sancionable hagan aconsejable la medida.

Así, se observa que la reglamentación adjetiva penal de 2000 no exige presupuestos diferentes a los ya mencionados, los cuales han de estar debidamente acreditados, de donde surge que efectivamente no reclama valorar los baremos previstos en el canon anterior 38 del CP, tampoco en su versión actual introducida por la Ley 1709 de 2014, ni en el artículo 38 B represor creado por esta última. De allí que para este caso sólo se debe examinar si se cumplen o no los requisitos acabados de citar, sin que ello impida tener en cuenta otros elementos que, una vez sopesados, apoyen la conclusión.

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

⁵³ Dice el texto legal: "Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales: No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (...) // (...) quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública".

de edad, según el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008⁵⁴, consagrando expresamente: *"El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria"*.

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

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

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

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

En el caso de la especie, se aprecia que el encausado tiene actualmente 73 años. Por ello, debe ser considerado según los lineamientos anteriores como persona de la tercera edad, sujeto de protección constitucional especial, y mayor de 65 años acorde a la exigencia de los artículos 417 y 362 numeral 1° de la Ley 600 de 2000.

Ante la otra exigencia, esto es, que *"su personalidad y la naturaleza o la*

⁵⁴ Dice el texto legal: "ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene como objeto proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, Plan de Viena de 1982, Deberes del Hombre de 1948, la Asamblea Mundial de Madrid y los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Colombia. // ARTÍCULO 2o. FINES DE LA LEY. La presente ley tiene como finalidad lograr que los adultos mayores sean partícipes en el desarrollo de la sociedad, teniendo en cuenta sus experiencias de vida, mediante la promoción, respeto, restablecimiento, asistencia y ejercicio de sus derechos. // ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. Para la interpretación y aplicación de la presente ley, téngase en cuenta las siguientes definiciones: (...) **"Adulto mayor.** Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más".

modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida", del plenario no emerge el conocimiento de rasgos particulares o precisiones actuales tocantes a dichos tópicos que conduzcan indefectiblemente a negar el instituto en estudio.

Adicionalmente, el paginario no da razón de que el procesado se halle actualmente involucrado en problemas de índole familiar o social distintos de los derivados de su vinculación a la presente actuación procesal y a los hechos que se analizan, comoquiera que no militan antecedentes o anotaciones judiciales o policiales recientes o actuales e indicativos de comportamiento inapropiado, de irrespeto a las normas básicas de convivencia social o a las autoridades, sumado a que se tiene que el encausado cuenta con familia, aun cuando se denota que ha variado su lugar de residencia, no se acreditó al menos que hubiere sido sometido a sanciones disciplinarias, y que cuando fue citado por la Fiscalía y por este Estrado acudió al llamado tras una ingente búsqueda.

La anterior situación enseña que este acusado sancionable tiene rasgos de personalidad que muestran su capacidad para vivir en comunidad y cumplir los deberes que sus calidades de miembro de la misma y de una familia le impone.

También percibe el Juzgado la necesidad de efectuar el siguiente balance alrededor de la situación particular del procesado MARCO FIDEL SOLES CARRILLO, quien como se dijo, cuenta en la actualidad con 73 años de vida, de forma que, por ejemplo, acorde a la resolución 0110 de 22 de enero de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera mediante la cual se adoptan las Tablas de Mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS⁵⁵, su esperanza de vida es tan sólo del 11.6%, visto que ya vivió el 88.4%.

En este orden, es menester recordar que de cara a los principios y fines de las penas, y en especial al principio de dignidad humana como pilar y directriz indeclinable de la punición, si bien es cierto se encuentra el que atañe al carácter retributivo de las mismas, no menos lo es que también se orientan a garantizar el tratamiento, la resocialización y la integración social de las personas, de donde se colige que la imposición de una condena y la definición sobre los subrogados penales debe tener en cuenta tales baremos, y en el caso de la especie, vista la realidad

⁵⁵ Página

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

particular del procesado, no ofrece duda para el Despacho que el confinamiento del mismo en institución penitenciaria o domiciliaria, habida cuenta de que el castigo aquí irrogado es de **78** meses, de suerte que en la práctica si hubiere de cumplir la sanción de forma intramural en su sitio de habitación, la expectativa de vida que le queda le alcanzaría para egresar vivo supuestamente resocializado y vivir unos cuantos años, derivándose entonces que en el caso concreto no se cumplirían a plenitud los fines de la sanción corporal si ésta se purga en un establecimiento oficial o en lugar de residencia; pero que sí se lograría bajo el entendido de que el sujeto permaneciendo en libertad conserve la garantía de que la sanción respeta su dignidad como persona perteneciente al género humano, su inclusión social y sujeción familiar, como red de apoyo en el proceso de rejerarquización y vivencia de valores, que son factores que permiten al Despacho elevar un juicio favorable en torno de la concesión de dicho beneficio a este acusado.

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

Por lo tanto, encuentra este Despacho que surge el consejo a manera de conclusión de que en este caso es jurídicamente viable otorgar bajo los derroteros normativos arriba indicados, el subrogado bajo estudio a MARCO FIDEL SOLES CARRILLO.

En esta medida, se concederá al procesado MARCO FIDEL SOLES CARRILLO la SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA a tenor de los artículos 471 y 362-1 del CPP que habrá de garantizar mediante la prestación de caución prendaria, mediante título de depósito o póliza judicial, por valor igual a tres (3) SMLMV a órdenes de este Estrado o del Juzgado Ejecutor de Penas al que corresponda vigilar esta condena, y suscribir la respectiva acta de compromiso de que trata el canon 65 del CP.

Así las cosas, por sustracción de objeto, el Juzgado se abstendrá de analizar lo pertinente respecto de otros mecanismos sustitutivos.

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.

En el asunto en concreto, el Despacho observa que de las pruebas apercibidas al paginario se tiene certeza de la revocatoria de la sentencia de 25 de enero de 1995 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, en curso del grado de consulta acometido por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Armenia, en la que además se afectó el mandamiento de pago proferido en curso del posterior trámite ejecutivo, así como los actos administrativos que de la comentada decisión judicial se desprendieron, se recuerda, las resoluciones 1070 de 24 de mayo de 1995, 330 de 19 de febrero y 1350 de 25 de junio de 1996, revocados de forma definitiva acorde a lo dispuesto en la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, por lo que en lo que atañe a la necesidad de adoptar decisiones de cara a este tópico el Despacho encuentra que se trata de aspecto actualmente superado.

No obstante, es menester advertir a la UGPP, o a la entidad que para cuando cobre firmeza la presente decisión tuviere asignada la defensa de los intereses de la Nación, que se abstenga de dar curso a eventuales solicitudes de pago que tengan como título de recaudo alguna de las decisiones judiciales materia de la presente causa penal, al ser abiertamente contrarias a derecho.

DAÑOS, PERJUICIOS Y AGENCIAS EN DERECHO.

De acuerdo con las disposiciones 94, 95, 96 y 97 del CP, y 56 del CPP, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados, los cuales deberán ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria.

En el presente caso, se advierte que la indemnización deprecada por la entidad que representa los intereses de la Nación⁵⁶, UGPP, en la demanda mediante la que se constituyó en parte civil, hizo referencia al monto que fue materia de tasación en la resolución 2594 de 30 de noviembre de 2011, en la que se estableció el monto de lo indebidamente pagado al exportuario en virtud del proceso objeto de investigación, la cual reclamó, debía ser debidamente indexada, sin que se hiciera alusión a sanción distinta a la acabada de mencionar.

⁵⁶ Folios 11 a 14 cuaderno de Parte Civil.

En esta medida, ha de precisarse que las estimaciones efectuadas por quienes ocuparon el sitio de representante de víctima al interior de la presente causa penal, expresadas tanto en la comentada demanda como en la exposición de los argumentos presentenciales, se ajustaron a las estimaciones efectuadas en la comentada decisión administrativa que dio aplicación a la decisión adoptada en consulta, en la que se estableció que el detrimento patrimonial irrogado al erario ascendió a \$454'478.549,48, equivalentes a 848,54 SMLMV, luego será en el mencionado importe en el que se impartirá condena en contra del procesado con ocasión a los daños a resarcir con el despliegue de su conducta.

Por estos motivos el señor **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO** deberá pagar solidariamente con quienes igualmente han sido o resulten condenados por los hechos aquí analizados, en las condiciones ya indicadas, dentro de los SEIS (06) MESES siguientes a la firmeza de este fallo, a favor de la Nación por intermedio de la parte civil constituida otrora en este trámite ahora representada por la UGPP o la entidad que hiciere sus veces, el **VALOR IGUAL A OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO COMA CINCUENTA Y CUATRO (848,54 SMLMV) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES PARA EL MOMENTO DEL PAGO EFECTIVO**, de suerte que al mantenerse el rubro pertinente en esta unidad de medida preserva el valor nominal del efecto devaluatorio producido por los factores macroeconómicos que lo han impactado a lo largo del tiempo y garantiza la conservación de su poder adquisitivo debidamente actualizada hasta el momento preciso de su cancelación.

Se memora que tal valor deberá ser pagado por el acriminado en la cifra nominal que corresponde a SMLMV del momento en que efectúe materialmente su cancelación, para preservar el derecho de la víctima a recibir el resarcimiento de perjuicios en valor actual que es representado por dicha unidad de medida, motivo por el cual no se halla procedente ordenar la indexación de los valores nominales o el pago de intereses, ya que de obrar en tal sentido y decretar el pago en SMLMV del momento de la cancelación efectiva se conculcaría el principio *non bis in idem*, habida cuenta de que la decisión de que la obligación indemnizatoria se cumpla con SMLMV del momento del pago apareja la actualización de las cifras. De hecho, el deber de cancelar el referido monto en salarios mínimos legales vigentes para el momento de su pago como mecanismo de actualización del mismo se equipara en los fines a la figura de la indexación, mucho más cuando se aprecia que el incremento decretado por el Gobierno nacional para el SMLM año tras año consulta el IPC precedente.

De otro lado, advierte este Estrado que en este caso no se probaron al menos sumariamente, como debe hacerse, las situaciones que harían viable la condena por daños morales objetivados cuando el Estado o una entidad jurídica es víctima de un delito⁵⁷.

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

Respecto de la condena en costas, expensas y agencias en derecho, se precisa que el representante de la parte civil no realizó petición expresa en torno a estas sanciones, por lo que el Juzgado encuentra necesario expresar las siguientes consideraciones de cara a la facultad legal oficiosa que le asiste para pronunciarse y tasar únicamente algunos de estos tópicos acorde a lo que ahora se manifestará.

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

Esa H. Corporación analizó los alcances de los artículos 56 ritual penal, el 365 del CGP, especialmente el numeral 8, junto a su precepto 366, enfatizando sus numerales 3 y 4, y un aparte de la sentencia de unificación fechada el 6 de agosto de 2019, emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado 15001-33-33-007-2017-00036-01 (AP)REV-SU, y concluyó que “las **expensas** deben probarse en la actuación, mientras que las **agencias en derecho** se entienden producidas siempre que hay intervención judicial

⁵⁷ Consultar acerca de este tema el fallo adoptado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de mayo de 2013, en el asunto 40160, con ponencia del H. M. Dr. Javier Zapata Ortiz.

vencedora, por la llana razón de que obrar como parte en un litigio exige dedicación y tiempo -ya sea mediante apoderado o en causa propia-; factores que han de ser compensados por el decisor”.

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

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

Acorde a estas precisiones, el Juzgado debe recordar que el canon 56 litúrgico y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, son claros al establecer que conceptos propios de la figura que se examina han de ser acreditados dentro del proceso, en cuyo caso su liquidación se deberá hacer cuando se encuentre ejecutoriada la decisión donde se ordenaron, como lo sostuvo esa Alta Corporación en sentencia de 13 de abril de 2011, emitida dentro del 34145, con ponencia del H. M. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

De cara a este tópico, el Despacho nota que la Nación se constituyó como parte civil en este caso por medio de la actividad desplegada por alguna de sus entidades, y efectuó las diligencias concernientes a la defensa y promoción de sus intereses y pretensiones, de forma que acorde a la normatividad legal sustantiva y adjetiva así como administrativa emanada mediante Acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es procedente condenar al aquí penal y civilmente sancionable de quien se tiene acreditada su concurrencia personal y responsable en el ilícito objeto de estudio, a pagar solidariamente a favor de la Nación por intermedio de la UGPP, o

de la entidad que hiciere sus veces, **agencias en derecho** en que la parte ofendida hubiere incurrido para gestionar en este asunto sus intereses, esto en atención al artículo 392 numeral 8° del extinto Código de Procedimiento Civil, que disponía que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, y las actuales previsiones de los cánones 361 a 365 del CGP, en especial la 365 numeral 8° ídem que reprodujo a su antecesora trascrita.

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

NOTIFICACIONES

Dado que algunos de los sujetos procesales residen en diferentes municipios del país, es necesario decretar, en garantía a los derechos de la defensa y debido proceso, que la notificación de la presente sentencia a quienes no tienen domicilio en esta ciudad o no pueden comparecer directamente al Despacho, se efectuó 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 y en archivo digital soportado en disco óptico.

Para dicho cometido se concede a los Juzgados Penales comisionados, los cuales precisará la secretaría en los Despacho respectivos, el término perentorio de cinco (5) días 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 a los Juzgados Penales comisionados 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 esta providencia, toda vez que en estos eventos el mandato 23 de dicha Ley no permite por lo expresado remitirse a otras codificaciones adjetivas.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de declaratoria de prescripción de la acción penal que rogó el defensor del procesado **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO**, por las razones expresadas en el aparte pertinente de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al señor **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO**, de condiciones civiles y personales obrantes en el expediente, a título de **DETERMINADOR** del delito de **PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO**, a la pena principal de **SETENTA Y OCHO (78) MESES DE PRISIÓN, MULTA IGUAL A CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS (\$454'478.549,48)** equivalentes a **848,54 SMLMV de 2011**, E **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR EL LAPSO DE LA SANCIÓN CORPORAL PRINCIPAL.**

TERCERO: ORDENAR al acriminado **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO** pagar la pena principal de multa en los montos y términos indicados en precedencia.

CUARTO: CONCEDER a **MARCO FIDEL SOLES CARRILLO** la suspensión de la ejecución de la pena en los términos, condiciones y garantías establecidos en la parte motiva pertinente de esta sentencia, una vez en firme la misma, la cual habrá de garantizar según lo ya expresado.

QUINTO: CONDENAR al enjuiciado **SOLES CARRILLO** a pagar a favor de la Nación y por medio de la entidad que la representa **los perjuicios ocasionados con el delito por el cual ha sido aquí condenado**, según las estimaciones efectuadas sobre el particular en este proveído, así como en las condiciones y plazos indicados en precedencia.

SEXTO: CONDENAR al procesado a pagar a favor de la parte civil o quien haga sus veces las agencias en derecho, una vez en firme esta decisión y la respectiva liquidación, acorde a las precisiones efectuadas sobre el particular en el aparte pertinente de esta decisión.

SÉPTIMO: ABSTENERSE de adoptar medidas de restablecimiento de derecho, acorde al canon 21 del CPP, según lo explicitado en precedencia.

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

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

DÉCIMO: 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