

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

CAUSA: 2021-00012
SINDICADO: ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ
DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO
SUMARIO: 3668
SENTENCIA: ABSOLUTORIA

Sentencia No. 013

Bogotá D. C. 10 de noviembre de 2023.

I. ASUNTO

Celebrada la vista pública en el presente caso adelantado contra ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, por el delito de peculado por apropiación agravado continuado, a título de determinador, emite el Despacho la sentencia de primer grado que en derecho corresponde.

II. HECHOS

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

El exportuario ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ otorgó mandato al togado ADOLFO ESCOBAR ALTAMAR, con el cual se presentó demanda que culminó en sentencia del 17 de agosto de 1994 proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta que condenó a FONCOLPUERTOS a pagar sumas a cargo de la Nación; fallo que fue cancelado a través de las resoluciones 455 de 8 de marzo de 1995 y 525 de 13 de marzo de 1995; empero, la providencia judicial fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá en sede de consulta el 17 de septiembre de 2001, por lo que mediante resolución 000666 del 2 de julio de 2004, el GIT revocó las referidas resoluciones administrativas y ajustó la mesada pensional modificada.

III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, identificado con cedula de ciudadanía N° 12.489.335 expedida en Agustín Codazzi (Cesar), nacido en La Gloria (Cesar) el 30 de julio de 1948, con 75 años; casado, con cinco hijos. Pensionado de COLPUERTOS.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES

El 23 de julio de 2012¹ se decretó abrir indagación previa y practicar las pruebas pertinentes.

La apertura formal de la instrucción se realizó el 19 de agosto de 2015², cuando se dispuso aducir los medios cognitivos correspondientes.

El 9 de agosto de 2016³, el acriminado ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ rindió indagatoria.

Con proveído de 12 de julio de 2017⁴, se cerró la instrucción y se ordenó correr traslado respectivo a los sujetos procesales.

Por medio de resolución de 13 de septiembre de 2019⁵, el ente persecutor calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra de ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación agravado continuado en cuantía de \$75.127.166,17. Además, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva y ordenó la suspensión provisional de los efectos jurídicos y económicos de las resoluciones 455 de 8 de marzo de 1995 y 525 de 13 de marzo de 1995; **quedando en firme el llamamiento a juicio** ante la ausencia de recursos el **29 de abril de 2021**⁶, según constancia secretarial.

La etapa del juicio fue asumida por este Estrado, se corrió por ministerio de la Ley el traslado del artículo 400 ritual y se celebró la audiencia preparatoria el 3 de noviembre de 2021⁷, cuando se decretaron algunas pruebas.

La audiencia pública finalizó con la sesión del 17 de mayo de 2022⁸, cuando se escucharon los alegatos finales de los sujetos procesales.

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

¹ Folio 100 y ss, C.O. 1 del sumario.

² Folio 295 y ss, C.O. 1 del sumario.

³ Folio 55 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁴ Folio 104, C.O. 2 del sumario.

⁵ Folios 126 y ss, C.O. 2 del sumario.

⁶ Folio 170 (reverso), C.O. 2 del sumario.

⁷ Folios 32 y ss, C.O. 1 de juzgamiento.

⁸ Folios 135, C.O. 1 de juzgamiento.

V. LA ACUSACIÓN

Como se dijo, con proveído de 13 de septiembre de 2019, la Fiscalía 399 delegada perteneciente al grupo especial FONCOLPUERTOS, calificó el mérito del sumario, y profirió resolución de acusación contra ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, como presunto determinador del delito de peculado por apropiación agravado continuado en cuantía de \$75.127.166,17, entre otras determinaciones ya reseñadas.

El ente acusador estimó que del acervo probatorio existente se desprende que el exportuario ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ interpuso demanda ordinaria laboral mediante apoderado, la cual correspondió al Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta que emitió sentencia del 17 de agosto de 1994 ordenando la reliquidación de prestaciones sociales, el pago de salarios moratorios y el reajuste de la mesada pensional que constituyen erogaciones ilícitas de las arcas estatales al reconocer conceptos ilegales, la cual fue pagada mediante las resoluciones administrativas 455 de 8 de marzo de 1995 y 525 de 13 de marzo de 1995, fallo que además fue revocado en sede de consulta el 17 de septiembre de 2001 por el Tribunal Superior de Bogotá, por lo que mediante resolución 000666 de 2 de julio de 2004 del GIT se revocaron las referidas resoluciones administrativas y se ajustó la pensión.

Al respecto, señaló que el sindicato con sus actuaciones logró el reconocimiento de conceptos laborales contrarios a derechos al carecer de sustento fáctico y jurídico, a lo que se agrega que se omitió el grado jurisdiccional de consulta, máxime cuando el exportuario acriminado fue debidamente liquidado en sus prestaciones sociales y pensión al momento de su retiro.

Además, sostuvo que se cometió el punible bajo la modalidad continuada, ya que se está ante una unidad de designio o dolo unitario, al buscar ser beneficiario de una reliquidación que aumentaría la mesada pensional, de donde emerge la pluralidad de comportamientos que realizan el tipo penal de peculado por apropiación.

Finalmente, afirmó que la responsabilidad a título de dolo del acusado está acreditada por cuanto era conocedor de las referidas ilegalidades; y, aun así, voluntariamente decidió acudir en varias ocasiones ante la jurisdicción ordinaria y ante la administración pública mediante reclamaciones judiciales y administrativas, sin sustento jurídico ni fáctico, motivo por el cual deberá responder por el reato de peculado por apropiación agravado continuado.

VI. ALEGACIONES CONCLUSIVAS EN LA VISTA PÚBLICA

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

1. La Fiscalía.

El ente acusador deprecó fallo condenatorio en contra de PONTÓN RODRÍGUEZ.

Afirmó que al acriminado le reconocieron pensión de invalidez en 1991, y, posteriormente, se generaron reliquidaciones ilegales, ya que adelantó reclamaciones ante el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, obteniendo

condena pagada a través de resoluciones administrativas, incluida, la modificación de la mesada pensional; no obstante, el Tribunal Superior de Bogotá revocó el fallo, porque la convención colectiva de trabajo no era la aplicable y la demanda no reunía los requisitos normativos.

Adujo que su intención fue la de apropiarse de dineros públicos por cualquier medio, más aun cuando dio poder a varios abogados y obtuvo varios reconocimientos, como el mandato dado a Catalina Belén Echeverría, con la que se obtuvo el acta 40 de 1998, o la resolución 525 que ordenó pagar la providencia del Juzgado 4 de Santa Marta, y la resolución 3329 de 1998 que ordenó pagar acta 161 de 1998.

También indicó que mediante comunicación de 31 mayo de 2001 del Ministerio de Protección Social, se precisa que ha pretendido acreencias laborales ya canceladas.

Concluyó indicando que del acervo probatorio se desprende el conocimiento que tenía el acriminado ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ acerca de la ilicitud de lo reclamado, comprensión que lo llevó voluntariamente a realizar las actuaciones tendientes a obtener reclamación laboral ilícita en el marco del desfalco de FONCOLPUERTOS, determinando a los servidores públicos que disponían del erario, configurándose los punibles de peculado por apropiación agravado.

2. La Parte Civil.

La representante de la UGPP imploró sentencia condenatoria.

Adujo que al procesado se le reconoció pensión de invalidez en 1991, sin embargo, FONCOLPUERTOS emitió las resoluciones 455 y 525 de 1995 en cumplimiento de la sentencia de 17 de agosto de 1994 del Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta que ordenó el pago de diferencias por reliquidación de prestaciones sociales, reajuste pensional y pago de salarios moratorios, a pesar de que fue bien liquidado en sus prestaciones y pensión al momento del retiro.

Además, sostuvo que el reajuste pensional reconocido, violó la Ley 71 de 1988 al superar el tope máximo legal pensional de 15 SMLMV, y que, acorde con la decisión de consulta que revoca la sentencia referida, el fallo de primer grado obedeció a una operación matemática, no soportada en hechos de la demanda, y que la convención colectiva de trabajo aportada al proceso no era aplicable al caso.

Aseveró que el procesado actuó como determinador con dolo para lograr los reconocimientos de sumas elevadas por prestaciones improcedentes sin ningún sustento, por lo que no hay duda de su responsabilidad, sumado a que no son creíbles sus exculpaciones.

Por último, deprecó el pago de perjuicios, dejar sin efectos los actos y resoluciones que dieron lugar a los presentes ilícitos, al igual que se ordene el restablecimiento del derecho.

2. La Defensa.

La defensora de oficio del acriminado solicitó sentencia absolutoria.

Afirmó que su defendido, previo otorgamiento de poder a togado, solicitó la reliquidación de prestaciones sociales y pensión, al considerar que tenía derecho, por no tenerse en cuenta la incapacidad que generó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Aseveró que su prohijado no participó en las actas y audiencias cuestionadas, a lo que agregó que con su actuación no determinó a ningún funcionario público, quienes son los responsables de las conductas cometidas.

VII. CONSIDERACIONES

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

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

De conformidad con el artículo 232 adjetivo, para emitir fallo condenatorio se requiere que obre en el proceso prueba que conduzca tanto a la certeza del hecho punible como de la responsabilidad 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.

El cargo objeto de juzgamiento que formuló la Fiscalía contra el procesado ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, corresponde a la supuesta comisión del delito de peculado por apropiación agravado continuado, en el grado de determinador, derivado del reconocimiento de sumas dinerarias producto de la reliquidación de prestaciones sociales, reajuste de pensión y pago de indemnización moratoria sin ningún fundamento jurídico ni fáctico; originados por el fallo del 17 de agosto de 1994 emitido por el Juzgados 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, cancelado a través de las resoluciones 455 de 8 de marzo de 1995 y 525 de 13 de marzo de 1995.

La referida sentencia fue revocada posteriormente en sede de consulta por el Tribunal Superior de Bogotá el 17 de septiembre de 2001; y, en consecuencia, mediante resolución 000666 del 2 de julio de 2004 del GIT se revocaron las referidas resoluciones y se ajustó la mesada pensional.

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

“PECULADO POR APROPIACIÓN. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte

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

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

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

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

Se tiene acreditado que el señor ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ prestó sus servicios en el Terminal Marítimo y Fluvial de Santa Marta, ingresó el 25 de agosto de 1975, y se retiró el 15 de agosto de 1990, ocupando como último cargo el de estibador⁹.

Está probado que ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ otorgó poder a ADOLFO ESCOBAR ALTAMAR para lograr la condena contra FONCOLPUERTOS *“... a efectos de obtener el pago de indemnización por mora en el pago de cesantía y demás prestaciones sociales y reliquidación de todos los conceptos reconocidos en la liquidación final...”*¹⁰.

Con dicho mandato se presentó demanda¹¹ en proceso ordinario que culminó en sentencia dictada el 17 de agosto de 1994¹² por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta que ordenó a FONCOLPUERTOS pagar diferencias de vacaciones y prima de vacacional, de prima proporcional de antigüedad, prima proporcional de servicios, de cesantía definitiva, reajuste pensional y pago de salarios moratorios, toda vez que no se le incluyó al actor la totalidad de las ganancias del último año de servicio en sus liquidaciones. Frente a la petición en torno del incremento convencional entre el 15 de julio y el 15 de agosto de 1991, que se realizaba cada tres meses en razón de su incapacidad, dicho Estrado denegó tal pedimento al encontrar que efectivamente se efectuó.

Con base en dicha providencia, mediante resolución 455 de 8 de marzo de 1995¹³, el entonces Director de FONCOLPUERTOS, HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y por intermedio del abogado RICARDO RAFAEL PRETEL PACHECO, ordenó reajustar la pensión de PONTÓN RODRÍGUEZ a la suma de \$867.801,65 a partir del 16 de agosto de 1991, así como ordenó el pago de diferencias pensionales en la suma de \$7.227.907,54.

Acorde al memorando 136 de 22 de enero de 2004 del GIT¹⁴, se señaló que: *“... el monto de la pensión se modificó con la resolución 455 de 8 de marzo de 1995 dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta el 17 de agosto de 1994... cancelados en nómina en el mes de marzo de 1995...”*.

⁹ Folio 164, C.O. 1 de anexos del sumario.

¹⁰ Folio 133, C.O. 1 de juzgamiento, CD archivo “47001310500319920024000”, pág. 5.

¹¹ Folio 133, C.O. 1 de juzgamiento, CD archivo “47001310500319920024000”, pág. 8.

¹² Folio 133, C.O. 1 de juzgamiento, CD archivo “47001310500319920024000”, pág. 448 y 510.

¹³ Folios 3 y ss, C.O. 2 de anexos del sumario.

¹⁴ Folios 21 y ss, C.O. 1 del sumario.

Además, a través de la resolución 525 de 13 de marzo de 1995¹⁵, el referido Director de FONCOLPUERTOS, ordenó el pago de la sentencia de 17 de agosto de 1994 emitida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta por la suma de \$9.795.044,55. Vale indicar que a pesar de que en el cuerpo de dicho acto administrativo se indica que se paga mandamiento de pago proferido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Santa Marta, resulta que el memorando 136 de 2004 precisa que realmente se cancela la referida sentencia del Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, más aun cuando no se encuentra en el expediente prueba de la existencia de un proceso laboral adelantado ante dicho Estrado.

No obstante, el Tribunal Superior de Bogotá actuando en sede de consulta y con providencia del 17 de septiembre de 2001¹⁶, revocó la mentada sentencia de 17 de agosto de 1994 proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, y, en consecuencia, absolvió a FONCOLPUERTOS, toda vez que se desbordaron las facultades *ultra y extra petita* al condenarse por hechos nuevos que no fueron controvertidos durante el juicio.

Adicionalmente, indicó que “... las documentales nos demuestran que la relación laboral estuvo vigente hasta el 15 de agosto de 1991, mientras que la convención allegada a autos tuvo una vigencia hasta el 31 de diciembre de 1990, por lo cual no le era aplicable el caso motivo de examen”; así como señaló que no está demostrada la mala fe de la empresa portuaria a efectos de la condena por indemnización moratoria.

Entonces, con fundamento en aquel fallo de consulta, a través de la resolución 000666 del 2 de julio de 2004¹⁷ el GIT del Ministerio de la Protección Social se revocó parcialmente los efectos jurídicos y económicos de la referida resolución 525 de 1995, y, totalmente, de la resolución 455 de 1995, en lo que se refieren al exportuario ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, se dispuso ajustar el valor de la pensión a \$5.207.443,99, y se ordenó iniciar las acciones para recuperar la suma de \$75.127.166,17 (\$7.227.907,54 por la resolución 455 más \$9.795.044,55 por la resolución 525 de 1995 más \$58.104.214,08 por pago de diferencias pensionales y mesadas pensionales canceladas hasta el momento de la revocatoria), monto que corresponde a **209,85 SMLMV de 2004**.

3. Materialidad de las conductas punibles objeto de juzgamiento.

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

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

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

El Estrado observa que el mencionado fallo que ordenó la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de las mesadas pensionales y el pago de salarios

¹⁵ Folios 4 y ss, C.O. 2 de anexos del sumario.

¹⁶ Folio 133, C.O. 1 de juzgamiento, CD archivo “47001310500319920024000”, pág. 540.

¹⁷ Folios 1 y ss, C.O. 1 del sumario.

moratorios del referido exportuario PONTÓN RODRÍGUEZ, se excedió las atribuciones *extra y ultra petita*, por fuera del objeto de la demanda, lo cual fue inducido desde la demanda.

En efecto, se aprecian aseveraciones fácticas inciertas, infundadas o lejanas de la realidad contenidas en el libelo introductorio, según lo que se desprende de la sentencia, de suerte que el fallador laboral incurrió en censurables excesos al aplicar la facultad de fallar *extra y ultra petita*, acorde al canon 50 del CPT vigente por entonces, dado que si bien es cierto podía ordenar la reliquidación de prestaciones sociales, el reajuste de la mesada pensional y el pago de indemnización moratoria, no menos cierto resulta que los hechos respectivos debieron haber sido discutidos en el juicio y probados, de modo que la forma etérea y gaseosa en que se presentó la demanda, con deliberada desobediencia del mandato 25 ídem, impedía *per se* que los hechos fueran conocidos en su amplitud y precisión tanto por la contraparte como por el Juzgador, acarreado en la práctica que la discusión en torno de los mismos resultara ineficaz, y que el sentenciador extralimitara dicha potestad sin advertir, quizá, que el debate fáctico albergaba vicios desde su inicio o, detectada la irregularidad, no detallara las repercusiones procesales adversas a la prerrogativas fundamentales de la parte accionada, e incurriera en un desmán al pronunciarse acorde a dicha facultad, que de ninguna manera es absoluta ni tampoco omnimoda.

De hecho, la sentencia del respectivo Tribunal Superior de Bogotá en sede de consulta advirtió en su decisión, la falta de congruencia entre el libelo de la demanda y lo efectivamente reconocido por el fallador de primer grado en el caso referido, comoquiera que no se precisaron en los hechos y pretensiones los factores y sumas por las cuales se fundamentaba el *petitum*, creando nuevos hechos no controvertidos en el juicio.

Al respecto, dicha Corporación detalló: *“... la condena al reajuste de la prima de vacaciones y vacaciones obedeció a una operación meramente matemática de la a quo, sin que dicha actuación estuviera soportada en hechos de la demanda, porque revisadas las razones o hechos que fundamentan la petición de reajustes, en ellas no se contienen los que dieron lugar a la parte motiva de la condena, puesto que si revisamos los hechos allí descritos, se puede establecer con toda claridad, que los mismos buscaban un reajuste del salario a partir del 15 de julio y hasta el 15 de agosto de 1991, porque supuestamente se le dejó de hacer el incremento convencional, y unos reajustes de ciertas prestaciones sociales, entre las cuales no se encuentra la prima de vacaciones, en forma genérica, ya que no se indica cuáles fueron los factores salariales que no se tuvieron en cuenta en su liquidación. Por lo demás no se indicaron cuáles fueron los supuestos factores salariales que se dejaron de incluir en la liquidación final de prestaciones, tal como lo señala el artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral, para delimitar el ámbito del litigio y garantizar el derecho de defensa de la contraparte. Así con el fallo de primera instancia resultó creando nuevos hechos que no fueron controvertidos durante el desarrollo del juicio... que no fueron ni el motivo de la demanda ni mucho menos controvertidos en el transcurso del proceso, desbordando con su actitud las facultades *ultra y extra petita* que le concede el art. 50 del C.P.L.”*

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

“(...)

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

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

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

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

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

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

Así pues, la referida facultad en sus distintas acepciones presenta, para los jueces laborales de primera instancia, la posibilidad de que “...desborden lo pedido en la demanda, a condición de que “los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados.”¹⁸, toda vez que las facultades extra o ultra petita en el juicio laboral “... han sido reconocidas por la jurisprudencia como una atenuación de aquel rigor para las sentencias de los jueces del trabajo, explicable en todo caso por la naturaleza del derecho laboral y el interés social implícito en él.”¹⁹

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

2. El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: **i.)** que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y **ii.)** que los mismos estén debidamente probados²⁰; y, además, **iii.)** que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien “ puede de confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone²¹, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería “superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejerció el a quo y

¹⁸ Sentencia del 6 de septiembre de 1.990., Radicación No. 3828, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 27 de mayo de 1.998, Radicación No. 10468, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero.

²⁰ Ver la Sentencia del 27 de mayo de 1.998, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero, Radicación No. 10468, Acta No. 017.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de octubre de 1.977, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, M.P. Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture., Acta No. 38.

*esto no le está permitido al ad quem*²², ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso²³ (C.P., arts. 29 y 31)".

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Reconocimiento irregular de la indemnización moratoria.

La indemnización moratoria está regulada en el inciso 1° 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".

²² *Idem.*

²³ *Ver la Sentencia T-474 de 1.992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.*

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”³⁷.²⁴

Es así como cuando el empleador no paga los salarios o prestaciones debidos producto de la terminación del contrato de trabajo, 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.

²⁴ 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.

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”*²⁵. 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.

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, 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 1 del Código Civil, se extingue por la solución efectiva de pago.

Entonces, los reconocimientos de la indemnización moratoria en la referida sentencia del Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta en favor de ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, se hicieron de manera ilegal mediante resoluciones administrativas, generando una apropiación indebida de recursos estatales al desconocer la normativa legal y convencional que señalaba que la sanción por mora que debe mediar mala fe en el impago por parte del empleador respecto de la indemnización moratoria, tal como lo reconoce el H. Tribunal Superior de Bogotá en sede de consulta al revocar el aludido fallo, máxime cuando la indemnización moratoria como pretensión secundaria debe correr la misma suerte de las principales (reliquidaciones de prestaciones sociales), las cuales no eran procedentes por ilegales, como ya se detalló.

3.3. Sentencia supuestamente ejecutoriada sin surtir el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

La incidencia de este lineamiento jurídico debe guardar congruencia con la doctrina emanada del máximo órgano penal colombiano en lo tocante a FONCOLPUERTOS y la situación histórica de la comisión de los hechos que se analizan, atendiendo que otrora no había solidez conceptual acerca de la institución que llamaba a

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 2 de diciembre de 1992 y 20 de mayo de 1992

someter las sentencias laborales contrarias a FONCOLPUERTOS al mencionado grado, tema que fue dilucidado por la Sala de Casación Laboral y la H. Corte Constitucional a finales del año 1999, de donde emerge que ocupándose de fallos de condena contra esa entidad estatal, tal precisión sobre la revisión oficiosa no se hallaba libre de dudas antes de las postrimerías del año 1999, como se expone.

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

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

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

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

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

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

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

Sólo con la emisión de la sentencia No. 12158 de octubre 19 de 1999 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se unificaron criterios en el sentido de que el grado jurisdiccional de consulta, no obstante su carácter de establecimiento público, debía ser concedido a favor de FONCOLPUERTOS²⁶, para lo cual la Corte expuso los siguientes argumentos:

²⁶ 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

'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 pregona 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 referido Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, surgió mucho antes del 19 de octubre y 01 de diciembre de 1999, para cuando se esclareció el tema relativo a la obligatoriedad de ejercer el grado jurisdiccional de la consulta respecto de los fallos adversos a COLPUERTOS o FONCOLPUERTOS, de forma que no es viable derivar ilicitud alguna contra 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 actuación al mismo no corresponde a un deber atribuido por Ley a la parte actora, sino en principio a la judicatura por tratarse de un trámite oficioso, que para ese momento, se recuerda, tenía en duda su obligatoriedad.

Ahora, ciertamente la sentencia fue emitida en primera instancia por el aludido Juzgado Laboral, siendo contraria a los intereses de FONCOLPUERTOS, cuando aún no era palmaria la perentoriedad de su sometimiento al grado jurisdiccional de consulta según las providencias de la Sala de Casación Laboral y de la H. Corte Constitucional arriba enunciadas, y, por ende, no resulta penalmente reprochable al acriminado 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.

No obstante, el hecho de que tal fallo no fuera impugnado en alzada, se hubiere desistido de la apelación, se declarase desierta la alzada, o ese grado de revisión oficiosa no se realizara en el tiempo oportuno sino mucho después, condujo a que la erogación dineraria a cargo del Estado fuera ordenada sin que efectivamente la judicatura valorara mediante la actividad del Juzgador de segundo nivel la legalidad de las pretensiones y del fallo, facilitando así la puesta en peligro efectivo del erario.

De conformidad con los lineamientos esbozados, resulta claro que para la fecha de proferimiento de la sentencia tantas veces memorada, contrario a lo que esgrime la

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.

Fiscalía en el pliego acusatorio, no se encontraba sentado el criterio unificado nacional respecto de la obligatoriedad de agotar el referido trámite jurisdiccional en casos como el presente, y, por tanto, no puede ser tenido en cuenta como determinante de ilicitud en el actuar del acriminado, de los directivos de la empresa o de las autoridades judiciales que conocían de los asuntos.

También resulta cierto que, en torno de la reclamación que culminó con la mentada sentencia proferida por el mencionado Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, como ya se analizó, aviene libre de hesitación que el demandante carecía del derecho material para recibir los conceptos en las cantidades pretendidas, y que la revocatoria de la sentencia pone de presente que la misma era lejana del derecho, situación de la cual surge sin temor a equívocos la conclusión de que las acreencias que se ordenaron pagar, no eran ajustadas al ordenamiento normativo; hecho que, por contera, conduce indefectiblemente a pregonar que la obtención de tales resultados jurídicos y económicos avienen abiertamente constitutivos por vía objetiva de comportamientos típicos y antijurídicos de peculado por apropiación.

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

“Con la revocatoria de las sentencias ordinarias laborales por parte de la Sala de Descongestión Laboral mediante el grado jurisdiccional de consulta queda en evidencia que no estaban asistidas por el derecho, y por tanto los pagos que generaron constituyeron una defraudación del erario público (sic); independientemente de que las decisiones sean calificadas de prevaricadoras o no” ²⁷.

3.4. Sobre el reajuste pensional que aparentemente supera los topes pensionales convencionales y legales.

Acerca de este punto resalta el Despacho que los hechos endilgados al acriminado ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, no reajustan de manera irregular la mesada pensional del exportuario sobrepasando el tope pensional de 17.5 SMLMV consagrado en el canon 107 de la CCT vigente para la Costa Atlántica en los años 1989-1990 y 1991-1993.

El artículo 2 de la Ley 71 de 1988 con respecto al tope pensional señaló:

*“Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, **ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.***

Parágrafo.- El límite máximo de las pensiones, sólo será aplicable a las que se causen a partir de la vigencia de la presente ley” (resaltado por el Despacho)

Por su parte el canon 107 de las CCT vigentes para la Costa Atlántica de los años 1989-1990 y 1991-1993 señalaron:

“Pensión de jubilación. Todo trabajador que haya prestado sus servicios a la Empresa, durante veinte (20) años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la firma de la

²⁷ 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.

presente Convención y cuente con cincuenta (50) años de edad, tendrá derecho a gozar de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al ochenta (80%) del promedio mensual de los salarios devengados por el peticionario durante el último año en que prestó sus servicios, con base en lo estipulado en la presente Convención. Para este efecto, ninguna persona podrá superar el **tope máximo de 17.5 salarios mínimos mensuales legales**" (resaltado fuera del texto)

Adicionalmente el artículo 113 parágrafo 6 convencional respecto a las pensiones proporcionales especiales como consecuencia de la liquidación de la empresa Puertos de Colombia, señaló:

*"el tope de cualquier pensión, ya sea legal, convencional o especial, incluida la pensión de invalidez, **será de diecisiete punto cinco (17.5) salarios mínimos legales vigentes a la fecha de la desvinculación del trabajador**" (destacado por el Despacho).*

En esa medida, se aprecia que la Ley 71 de 1988 señaló el tope de 15 SMLMV, permitiendo que a través de convención colectiva se superase dicho monto, circunstancia que para el caso de Puertos de Colombia se presentó en las distintas modalidades pensionales según los señalados cánones 107 y 113 parágrafo 6 de las CCT vigentes para los Terminales de la Costa Atlántica, fijándose un límite máximo de 17.5 SMLMV.

Si bien es cierto en la CCT vigente para el Terminal Marítimo de Buenaventura no se estipuló expresamente un tope pensional, no menos cierto resulta que en aplicación de la regla general consagrada en el canon 2 de la Ley 71 de 1988, y a falta de norma convencional expresa que fije el tope convencional, el límite máximo en materia pensional corresponde a 15 SMLMV, existiendo por ende un tope legal en estos asuntos, sin que sea de recibo argumento alguno consistente en que en dicho Terminal Marítimo no existía tope pensional, ya que, como se explicó, en dichos eventos operaría, a falta de norma convencional expresa, el tope legal determinado en la Ley 71 de 1988.

En el mismo sentido, el tope pensional opera tanto para los reconocimientos pensionales de jubilación como para los de invalidez, ya que no sólo el mismo canon 117 convencional estipula como tope el de 17.5 SMLMV para los eventos de pensiones de invalidez, sino que el referido artículo 113 parágrafo 6 también es claro en señalar que el tope de cualquier pensión es el de 17.5 SMLMV, aplicando para el caso del Terminal de Buenaventura, a falta de norma convencional, el tope de 15 SMLMV según lo señala la misma regla 2 de la Ley 71 de 1988 al establecer que ninguna pensión podrá exceder el límite de 15 SMLMV.

Por ende, cuenta con respaldo jurídico el reajuste a la mesada pensional reconocido en favor de ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, ya que no desconoce dichos topes pensionales convencionales y/o legales, al no ascender por encima de los 17.5 SMLMV, tal como se observa, en lo ordenado por la sentencia dictada por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta:

Año	Mesada ordenada pagar producto del fallo	Valor en salarios mínimos legales mensuales vigentes
1991	\$867.801,65	16,77 SMLMV
1992	\$1.093.812,60	16,77 SMLMV
1993	\$1.367.642,58	16,77 SMLMV
1994	\$1.656.070,00	16,77 SMLMV

De otra parte, vale señalar lo siguiente sobre el aumento de la mesada pensional de exportuarios al tope legal de 20 SMLMV consagrado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el canon 35 de la misma normatividad.

El artículo 18 parágrafo 3 de la Ley 100 de 1993 establece:

“Cuando el Gobierno Nacional límite la base de cotización a veinte (20) salarios mínimos, el monto de las pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no podrá ser superior a dicho valor”.

El Decreto 314 de 1994, en desarrollo del mencionado párrafo, establece que las pensiones a cargo del entonces Instituto de Seguros Sociales no podrán exceder los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Asimismo, el canon 35 de la Ley 100 de 1993, dice:

“El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

PARÁGRAFO. Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4a. de 1.992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2o. de la Ley 71 de 1.988, que por esta Ley se modifica”

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-089 del 26 de febrero de 1997, siendo M. P. el Dr. Jorge Arango Mejía, ha señalado al respecto:

“...Si el párrafo se interpreta en relación con el máximo, tenemos que las pensiones reconocidas con posterioridad a la ley 4a. de 1992, y antes de la vigencia de la ley 100, no están sujetas al límite de los quince (15) salarios mínimos, y, en principio, no lo estarían a ninguno, pues el párrafo no es claro al respecto. Sin embargo, como se explicará más adelante, debe aplicarse el límite que establece la ley 100 de 1993, es decir, veinte (20) salarios mínimos.

(...)

(...) El legislador podía establecer válidamente que los pensionados a quienes se les reconociera la pensión en determinada época, no quedarían sujetos al límite de los quince (15) salarios mínimos que establecía el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, variando en su favor una situación ya consolidada. No existe ninguna razón de orden constitucional que le impida al legislador variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución).

En el caso en estudio, la pensión ya reconocida es un derecho del pensionado, y toda norma posterior que se dicte no puede modificar esa situación, salvo si la nueva ley implica un beneficio para él, tal como acontece con el precepto que se analiza, pues mejora la situación económica de ciertos pensionados.

(...) Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte, ha de entenderse que si la nueva ley de seguridad social establece beneficios para los pensionados, de los que no gozan aquellos que se rigen por un sistema pensional excluido de su aplicación, por expresa disposición de la ley 100 de 1993 (artículo 279), dichos beneficios y prerrogativas deben también cobijar a quienes pertenezcan a esos regímenes especiales. Así lo expuso esta Corporación:

"... el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta." (Subrayas fuera de texto). (Sentencia C-461 de 1995. Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

(...)

(...)

Es síntesis, los pensionados de los regímenes especiales cuyo sistema pensional fije un límite máximo, superior al que consagra la ley 100 de 1993, no estarán sujetos a éste, pues la ley 100 no se les puede aplicar. Por el contrario, si esos límites son

inferiores, tienen derecho a solicitar la aplicación de la ley de seguridad social, por ser más favorable a sus intereses.

Así las cosas, para evitar interpretaciones que desconozcan los derechos de los pensionados de los regímenes especiales, a los que se refiere el aparte acusado, la Corte declarará su inexequibilidad... (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Ahora bien, el Despacho no puede dejar de señalar que sobre dicho ajuste pensional ya el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria de cierre en lo laboral en este caso, ha sentado su criterio sobre la procedencia de dicho reajuste al tope máximo legal pensional permitido al introducirse la Ley 100 de 1993, por ejemplo, según lo manifestado en providencia del 22 de abril de 2008, siendo M. P. la Dra. Isaura Vargas Díaz, en el radicado 32516, ante un caso que envuelve la resolución 264 del 3 de mayo de 2002, en la que se dispuso la revocatoria y reajuste pensional de aproximadamente 192 exportuarios del tope de 20 salarios mínimos establecidos en la normatividad pensional del 93, a 17,5 salarios de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo convencional. En esa oportunidad la citada Alta Colegiatura sostuvo:

“...Fuera de lo que antecede, y esta es la razón realmente fundante de la decisión que habrá de adoptarse, ocurre que el meollo del asunto consiste en dilucidar si el tope de la pensión del actor es el señalado en la convención colectiva de trabajo, 17,5 salarios mínimos legales mensuales o, por el contrario, como lo asevera el impugnante, es el equivalente a 20 salarios mínimos, según lo instituido en la Ley 100 de 1993, y este tema, en estrictez, no es de índole fáctica sino que es cuestión primordialmente jurídica, así que tendría que ser planteado en una acusación por la vía directa.

En efecto, partiendo del supuesto, no discutido por el recurrente y que el fallador de alzada dio por probado, que mediante Resolución No. 00264 de 3 de marzo de 2002 (sic), la demandada dispuso rebajar las pensiones a 192 personas, y en el evento del actor de 20 salarios mínimos a 17,5; la legalidad y eficacia de dicho acto es cuestión eminentemente jurídica, dado que el posible yerro no surgiría de la falta de valoración o indebida contemplación de un medio probatorio, puesto que el Tribunal infirió de tal probanza lo que de ella aflora.

Y se llega a la precedente conclusión habida cuenta de que si el actor en su demanda inicial (folio 2) acepta que la pensión reconocida por la demandada es de naturaleza convencional y que el tope allí establecido es de 17, 5 salarios mínimos legales mensuales, el pretender que se aplique un máximo diferente, esto es, el consagrado en la Ley 100 de 1993, se itera, constituye una discusión rigurosamente de puro derecho y no fáctica, como lo sugiere el cargo.

Con todo, para la Corte el juez plural no incurrió en yerro jurídico o probatorio alguno, ya que si los protagonistas sociales, en ejercicio del principio de autocomposición de las partes, crean una prestación extralegal (pensión de jubilación) pueden regular de manera expresa su tope máximo, sin que sea dable acudir a las disposiciones legales, en la medida en que no existe vacío para llenar. En otras palabras, sólo cuando las partes celebrantes de una convención colectiva de trabajo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, guardan mutismo en torno al límite máximo de una pensión, debe estimarse conforme a la ley.

Entonces, si el convenio colectivo dispuso que el tope máximo de las pensiones, allí creadas, es de 17,5 salarios mínimos legales, no es dable jurídicamente pregonar, como lo hace el recurrente, la aplicación de la Ley 100 de 1993 que instituye un límite de 20 salarios mínimos legales mensuales.

Ha sostenido esta Corporación de antaño que “ La introducción de topes máximos para las pensiones de jubilación es tema de especialísima importancia porque persigue que el patrimonio de las empresas no sufra mengua apreciable con el establecimiento de cargas prestacionales que a la postre hagan imposible el pago de las futuras prestaciones sociales, y entre ellas la pensión de jubilación, que es vital para la persona que por razón de su edad ya no puede procurarse con el trabajo un medio de subsistencia. Por ello, el criterio de la interpretación más favorable no puede reducirse al campo de lo ventajoso del caso concreto litigioso, pues no siempre lo que representa mejora en una situación particular resulta ser lo más favorable para el trabajador, tomada esta expresión en su concepto genérico y por lo que representa dentro de la sociedad y en la relación capital trabajo” (sentencia de 14 de agosto de 1996, radicación 8720).

Siendo consecuentes con lo dicho y con el alcance de la impugnación que pretende se “declare sin efectos las disposiciones de la resolución No. 00264 de 2002, que se pague el tope máximo pensional de 20 salarios mínimos legales mensuales, se pague la diferencia existente a su favor entre lo recibido y lo que legalmente le corresponda” (folios 7 y 8 del cuaderno 3), el cargo no sale avante...”

Volviendo al asunto de la especie, los aumentos de las mesadas pensionales del exportuario acriminado no superan el tope máximo convencional aplicable a su pensión de invalidez de 17,5 SMLMV, como erradamente lo arguye la Fiscalía delegada, comoquiera que en materia de pensiones causadas y reconocidas bajo la vigencia de las referidas CCT suscritas entre COLPUERTOS y los trabajadores portuarios, los topes pensionales se rigen bajo las normas convencionales vigentes por entonces, esto es, cuando el derecho se causó y fue legítimamente reconocido, y, por ende, no es dable jurídicamente sostener la aplicación de otras normas por vía retroactiva como la Ley 71 de 1988 en materia de límites pensionales, ni mucho menos la Ley 100 de 1993, de suerte que estas no pueden modificar una situación ya concretada bajo otra preceptiva.

4. Tipicidad.

4.1. El Despacho, luego de encontrar probadas las irregularidades referidas, estudiará si son constitutivas de las conductas por las cuales se procede.

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

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

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

El verbo rector del tipo es “apropiar”, por el cual *“(...) se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición ‘uti dominus’, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, de otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración”²⁸*.

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*

²⁸ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 114.

*o procurados por el infractor, sin que importen su naturaleza, oportunidad ni proporciones*²⁹. Beneficio que en el caso del peculado por apropiación debe ir encaminado a satisfacer intereses materiales, o cuando menos, el goce de un deseo³⁰. En el mismo sentido, el tratadista ANTONIO JOSÉ CANCINO sostiene que dicho elemento subjetivo “(...) indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, pero sin que sea preciso que la real apropiación se agote. Es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente (...)”³¹.

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

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

Finalmente, frente a la expresión “por razón o con ocasión de sus funciones”, es preciso manifestar que *“la entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia, física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidor, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer”*³². 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”*³³.

Ahora, de vuelta al asunto de la especie, si bien no le corresponde al Despacho realizar el juicio de responsabilidad del citado Juez Laboral del Circuito de Santa

²⁹ PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal: partes general y especial. Tomo III, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 230.

³⁰ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 117.

³¹ CANCINO, Antonio José. Lecciones de derecho penal parte especial. editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 95-96.

³² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración Pública. editorial Leyer, Bogotá, 4 edición, 2005 pág. 93.

³³ *Ibidem* pág. 97

Marta que emitió las decisiones cuestionadas, ni del director general de FONCOLPUERTOS de la época, se hace necesario establecer si se desplegó al menos una conducta típica y antijurídica, ya que se hace necesario establecer si se desplegaron al menos una conducta típica y antijurídica, ya que la “determinación” para ser punible requiere, en virtud de la denominada accesoriedad limitada³⁴, que la conducta del autor no sólo sea típica sino también antijurídica.

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

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

Conforme a lo reseñado, las sumas reconocidas en la sentencia emitida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta en favor de ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, junto con las resoluciones 455 de 8 de marzo de 1995 y 525 de 13 de marzo de 1995 que ordenan cancelarlas, representan una cifra dineraria que, en cuanto bien, se dio con cargo al Tesoro Público y, por tanto, el comportamiento se ajusta materialmente al tipo penal establecido en el artículo 397 del CP, esto es, peculado por apropiación, el cual es atentatorio contra la administración pública, de donde emerge igualmente su antijuridicidad.

El Despacho encuentra que la providencia judicial proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Santa Marta, junto con las resoluciones 455 y 525 de 1995 que la cancelan, proferida por la concurrencia del exportuario PONTÓN RODRÍGUEZ, fallo que fue revocado en sede de consulta por el respectivo superior funcional, reconoció pagar diferencias de vacaciones y prima de vacacional, de prima proporcional de antigüedad, prima proporcional de servicios, de cesantía definitiva, reajuste pensional y pago de salarios moratorios, producto de reconocimientos contrarios a derecho por excesos en las facultades ultra y extra petita y la concesión irregular de la indemnización moratoria; reconocimientos, que de acuerdo con lo indicado, no tenían sustento legal ni convencional, por lo que los aludidos servidores públicos, concurrieron personalmente en la confección y emisión de tales actuaciones disponiendo ilícitamente del patrimonio del Estado a favor de terceros, en este caso del exportuario acriminado, mediante actos que estaban inequívocamente restringidos al ámbito de su competencia y dirigidos a la apropiación de bienes del Estado, sin que mediara fundamento legal alguno para ello.

En lo atinente a la cuantía, no ofrece duda que la suma tasada por el ente acusador, con base en la resolución 000666 del 2 de julio de 2004 del GIT, esto es, los \$75.127.166,17, reconocidos a través de las resoluciones 455 de 1995 y 525 de 1995, que ordenaron pagar reliquidación de prestaciones sociales, diferencias pensionales y mesadas pensionales hasta 2004, corresponden a **209,85 SMLMV de 2004**, tal como se indicó, se adecuan al monto exigido en el inciso 2° del canon

³⁴ “(…) en la legislación de 1980 nada se estableció sobre la accesoriedad; por lo tanto, la solución del problema se dejaba a la doctrina. Hoy, en virtud de lo previsto en el artículo 30, el legislador previó, expresamente, la accesoriedad limitada (…)” HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de derecho penal, “Autoría y participación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 292.

397 original del CP, norma especial que aumenta la punición para el peculado por apropiación.

Respecto del supuesto carácter continuado del injusto consumado endilgado a ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, no media hesitación, tal como se desprende de lo ya señalado, que la conducta desplegada por el acusado configura un único comportamiento que infringió el artículo 397 represor y tuvo efectos dilatados en el tiempo, lo que, contrario a lo aducido por la Fiscalía, no lo convierte en un comportamiento continuado.

En efecto, el obrar realizado por el procesado en la actuación reseñada que impactó el erario se revela como una acción de apropiación única, llevada a cabo por el reconocimiento de sumas dinerarias de manera ilegal, dentro de las que se encuentran las erogaciones propias de la modificación de la mesada pensional hasta el 2004, las cuales no emergen como una pluralidad de comportamientos, sino como el efecto prolongado en el tiempo del reconocimiento pensional.

En torno de la modalidad continuada la aludida máxima Colegiatura penal colombiana también ha señalado: *“Son, pues, elementos del delito continuado: a) un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y c) la identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos”*³⁵.

La citada alta Corporación en sentencia del 28 de octubre de 2014, bajo el radicado 43635, siendo M. P. el Dr. Eugenio Fernández Carlier, ha señalado que:

“(…) el delito continuado no surge únicamente porque el agente quiere, ni tampoco de su mera manifestación objetiva como dato fáctico. Es necesario, como en todo injusto, la confluencia de un desvalor de acción identificable por la finalidad y de un desvalor de resultado que se expresa en la lesión o riesgo de un mismo bien jurídico. En éste caso, pese a tratarse del mismo tipo penal, el comportamiento procesal del procesado, se reitera, permite mostrar que el conjunto de apropiaciones no corresponde a la misma finalidad y por lo tanto, ante la falta de dicho elemento subjetivo que reconduce la pluralidad a la unidad, la apropiación de los títulos judiciales se constituye en el supuesto objetivo de un concurso homogéneo y sucesivo de conductas y no de una acción continuada compuesta por varios actos (Cfr. En similar sentido, CSJ. SP. Radicado 32.937, del 7 de noviembre de 2012).”

Por tales motivos, el Despacho desestima la modalidad continuada atribuida por la Fiscalía al comportamiento consumado que se analiza y, según lo ya expresado, se le dará el tratamiento de una conducta unitaria.

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

4.2. Establecido que el actuar del procesado es objetivamente típico y antijurídico, se entra a analizar las conductas desplegadas como presunto determinador.

³⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, auto 25 de junio de 2002, radicado 17089, M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

En lo atiente a la responsabilidad del exportuario ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ y, en lo específico, en torno del dolo requerido, es decir, al conocimiento de que con su actuar se puede incurrir en conductas ilícitas y punibles, y aun así se perpetran los comportamientos prohibidos, el Despacho aprecia que no se encuentra demostrada tal situación de compromiso subjetivo, toda vez que la duda al respecto aviene razonablemente insuperable, comoquiera que se hallan elementos cognitivos que arrojan conclusiones que, al no confluir sino al ser irreconciliables, impiden arribar a un predicamento prístino y completamente confiable tocante a este tópico.

Efectivamente, este Estrado no alcanza la convicción reclamada por la Ley a la luz de los derroteros que gobiernan la sana crítica, la lógica, las reglas de la experiencia, así como la valoración conjunta y crítica de las pruebas, de que el extrabajador procesado conociese que con el actuar descrito, esto es, básicamente, otorgar poder a abogado para obtener pronunciamiento judicial, revocado posteriormente en sede de consulta, y el pago mediante resoluciones administrativas, pudiese obtener reconocimientos sin sustento legal ni convencional generadores de un detrimento patrimonial injustificado en derecho a las arcas del Estado.

Ciertamente, el exportuario en su injurada señaló que otorgó poder a algunos abogados para realizar reclamaciones. Además, sostuvo que se le presentó el abogado ADOLFO ESCOBAR ALTAMAR para adelantar proceso laboral en Santa Marta, el cual posteriormente fue fallado a su favor, le modificaron la pensión, pero no recibió ningún dinero. Igualmente, dijo que se enteró de problemas de abogados con otros exportuarios, y, por eso, le envió memoriales al Ministerio de Protección Social para que no le pagaran ningún rubro a su favor.

En esta medida, observa el Despacho que de la indagatoria rendida por el acriminado y de los elementos de prueba acopiados en el paginario no es posible derivar el conocimiento sobre la ilicitud endilgada, esto es, tener ciencia acerca del carácter defraudatorio de los montos dinerarios pertenecientes al erario que le fueron pagados con violación de la Ley, toda vez que de las respuestas y manifestaciones dadas por el acusado, las cuales no han sido hasta ahora desvirtuadas en su totalidad, se extrae que si bien es cierto obró bajo la convicción de haber sido liquidado de manera desatinada, efectuó reclamación mediante abogado, con miras a que fuera de nuevo correctamente liquidado y a que le fueran cancelados los valores a los que en su sentir tenía derecho, no menos lo es que de ello no se puede derivar un dolo con suficiencia del reato endilgado.

Por manera que de su dicho no es viable arribar con certeza a que tuviere plena ciencia de la ilegalidad que entrañaba el reconocimiento hecho, máxime cuando de sus aseveraciones se colige que actuó de buena fe y movido por su convicción de haber sido mal liquidado, sin que se halle asidero sólido en el que se afinque el señalamiento de que actuó con entero conocimiento de la ilicitud y voluntad de alcanzar el fin prohibido por la Ley, sino que es la duda la que impera sobre el particular.

El hecho consistente en que el exportuario admite haber tenido un interés reclamatorio y que creía que no estaba bien liquidado, en manera alguna permite predicar necesariamente que por entonces estaba asistido de una comprensión diáfana de que se le reconocerían algo sin sustento legal o convencional, que tal proceder objetivamente aparejaba ilicitud y que, a pesar de ello, en ejercicio de sus facultades superiores de intelección y volición, fraguó la intención y el dolo para actuar en el sentido de determinar a terceros con facultad dispositiva de los bienes públicos para perpetrar una conducta punible como el peculado por apropiación.

De hecho, si bien es cierto el Despacho encuentra acreditada la existencia del poder otorgado por el acriminado y la reclamación judicial y administrativa realizadas en

razón de dicho mandato, de estas circunstancias no se desprende de manera diáfana el conocimiento de la ilicitud, mucho más cuando no estaba en su dominio el reconocimiento excediendo las facultades *extra y ultra petita*, lo cual atañe a falencias propias de la confección de la demanda y también del Juzgado fallador de primer grado, y, en ningún caso, del exportuario, el cual otorgó poder para “*obtener el pago de indemnización por mora en el pago de cesantía y demás prestaciones sociales y reliquidación de todos los conceptos reconocidos en la liquidación final*”, y, no para lo finalmente reconocido, sumado a que no se evidencia que tuviere certeza de que reclamaba algo ajeno a las presuntas prerrogativas a las que de buena fe estimó tener derecho con base en el principio de igualdad y de que tuviese plena ciencia de la ilegalidad de las mismas, predicamento que igualmente se apoya en su palpable desconocimiento sobre el particular, en el reclamo de montos dejados de cancelar y en el reajuste pensional bajo el entendido de que la reclamación era viable.

Por manera que además de detectarse que las pruebas aportadas al plenario no tienen mérito para desvirtuar el dicho defensivo del procesado en su respectiva injurada, en la que adicionalmente se aprecian rasgos confesorios, esto es, manifestaciones mediante las cuales admitió haber obrado o concurrido objetivamente en los hechos acorde al sentido impreso a la investigación, haber otorgado más poderes y realizado reclamaciones por otros conceptos distintos a los aquí investigados, como se evidencia en su hoja de vida pensional, aunado a que vierte afirmaciones que de ningún modo resultan incoherentes, inverosímiles o catalogables de artificiosas, y sí consistentes entre sí y ajustadas a las reglas de la experiencia y al proceder humano, el Despacho no encuentra elementos de juicio que sometidos al embate de la valoración crítica conduzcan al conocimiento certero y exento de duda razonable en torno de la supuesta responsabilidad del procesado atribuida por la Fiscalía, máxime cuando no es posible derivar convicción inconcusa en cuanto que el acriminado hubiere tenido ciencia de la ilegalidad del comportamiento que se le enrostra y de haber querido lucrarse a expensas del Estado sin estar asistido por el derecho.

En efecto, se detectan elementos en la indagatoria que permite derivar espontaneidad y coherencia en sus dichos, lo que genera confianza en lo expresado por el procesado, al no hallar también prueba de mérito que las derrumben, como, por ejemplo, la aceptación de haber otorgado poderes en otras oportunidades, circunstancia que no desdice lo aquí referido en torno a la insuperable duda existente frente a la certera convicción de la ilegalidad de lo reclamado.

Sobre otras reclamaciones presentadas por el acriminado, vale indicar que sólo se tiene conocimiento de su existencia por los poderes, con fecha posterior a los hechos acá investigados, y algunas reclamaciones realizadas que originaron las resoluciones 211 de 8 abril de 1994, 3329 de 22 de diciembre de 1998 (reajuste de mesada, indexación e intereses moratorios) y 3386 de 28 de diciembre de 1998 (modifica la anterior), y se ignora por completo los pormenores circunstanciales que lo rodearon, ya que no fue allegado al paginario documento alguno contentivo del completo trámite del que se derivó, máxime cuando se itera que la existencia de estas reclamaciones no desvirtúa que el reconocimiento por exceso en las facultades *ultra y extra petita* corresponde al parecer a su abogado y, de hecho, al órgano judicial competente, mas no del acriminado.

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

También, se observa la circunstancia de que el acriminado tiene estudios de primaria, situación que, junto a los otros puntos abordados en su injurada, apuntala

el desconocimiento y falta de comprensión de la ilicitud referida, lo cual es confirmado por el escrito que aportó a FONCOLPUERTOS solicitando explicaciones acerca de los temas que fueron materia de conciliación, memorial que radicó al día siguiente del citado acuerdo.

No obstante, se yergue el conraindicio generado a la luz de la presunción humana por la cual en razón de haber laborado por varios años en la aludida empresa estatal, debió el acusado haber conocido los derechos que los amparaban y el alcance de los mismos, pues laboró en la entidad cerca de 15 años de servicios. Empero, considera el Juzgado que este conraindicio de responsabilidad emerge sólo con carácter contingente leve, a partir de una estimación de deber ser y del hecho real de tiempo laborado, y no como una inferencia necesaria o al menos contingente grave, ya que del conocimiento del comportamiento humano y la experiencia también se desprende que no todos los trabajadores de una entidad, a pesar del tiempo de servicios, son sabedores de sus prerrogativas o las hacen efectivas.

Igualmente, se atisba como indicio de oportunidad en contra del acusado el contexto del desfalco de FONCOLPUERTOS, factor que juega a favor de establecer su compromiso subjetivo en los hechos aquí examinados; pero de estas circunstancias no se puede deducir como única o más probable ni tampoco más plausible conclusión que por entonces tuviera pleno conocimiento de que lo que reclamaría y obtendría mediante abogado adolecía de soporte jurídico y constituiría menoscabo para el erario.

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

Y es que no basta la reclamación para tener como demostrado que efectivamente se supiera que lo que se iba a petitionar carecía de asidero normativo y su reconocimiento era inviable, máxime cuando las pruebas aportadas y los argumentos de la acusación devienen insuficientes, impidiendo por tanto deprecar el conocimiento de lo ilícito.

Así lo ha reconocido la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, por ejemplo, en sentencia de 9 de abril de 2014, en un caso de un exportuario que otorgó poder a dos abogadas para obtener la reliquidación de su pensión en virtud de la Ley 71 de 1988, oportunidad cuando esa Colegiatura señaló: *“Ha sido tema recurrente en todos los procesos tramitados por el descomunal desfalco a Foncolpuertos, el que los trabajadores ejercieron un papel preponderante y determinante en esa cadena de ilícitos, y ello fue real, no obstante, bajo el entendido que la responsabilidad penal es personal, debe verificarse en cada caso la participación de cada uno en particular”*.

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

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

VIII. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

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

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

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

(…)

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

(…)

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

Los dos tipos de medidas son necesarias para materializar cabalmente los derechos de las víctimas, no sólo reconocidos en el ámbito constitucional y legal interno, al paso que han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia en las dos materias, sino, además, por múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado que propenden por la vigencia de los principios de verdad, justicia y reparación a su favor, consagrados entre otras

*disposiciones en los artículos 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 4 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 19 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 49 a 52 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), 10 y 11 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 50 a 53 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), 129 y 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), título III, sección I y artículos 45, 46, 146, 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)*³⁶

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

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

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

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

De vuelta al asunto concreto, observa el Despacho que la sentencia del 17 de agosto de 1994 proferida por el señalado Juzgado 2 Laboral del Circuito de Santa Marta en favor de ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ, fue revocada por la decisión de consulta del Tribunal Superior de Bogotá del 17 de septiembre de 2001, así como las resoluciones administrativas 455 de 1995 y 525 de 1995 fueron dejadas sin efectos, según correspondía, en sus ámbitos jurídicos y económicos por la resolución 000666 del 2 de julio de 2004 del GIT.

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

IX. OTRAS DETERMINACIONES

En garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso, se decretará que la notificación de esta sentencia se efectúe mediante comisión a quienes no tienen

³⁶ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Auto 28 noviembre de 2012, rad. 40246, M.P. JOSE LUIS BARCELO CAMACHO.

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

Para dicho cometido se concede al (los) Juzgado(s) Penal(es) comisionado(s), que precisará la secretaría en el (los) Despacho(s) respectivo(s), el término perentorio de **cinco (05) días hábiles** contados a partir del recibo de la correspondiente comunicación, y desde ahora se solicita que una vez cumplido lo anterior sea regresado el diligenciamiento atendido conforme a la Ley.

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

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER al señor **ÁNGEL MARÍA PONTÓN RODRÍGUEZ** del cargo que a título de determinador del delito de peculado por apropiación agravado le fuere impuesto en la acusación objeto de este juzgamiento, por las razones explicitadas con antelación.

SEGUNDO: ABSTENERSE de adoptar las medidas atinentes al restablecimiento del derecho según en el artículo 21 del CPP en torno de las actuaciones señaladas, por los motivos ya aludidos.

TERCERO: COMUNICAR lo aquí resuelto, una vez en firme esta sentencia, a las autoridades previstas en la Ley, en especial a las señaladas en el canon 472 del CPP para lo de su cargo.

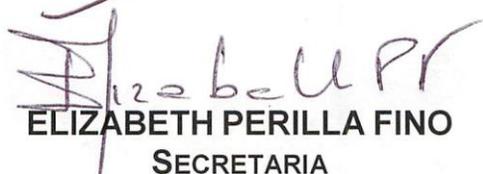
CUARTO: INFORMAR que contra este fallo procede únicamente el recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS RAFAEL MÁSMELA ANDRADE
JUEZ



ELIZABETH PERILLA FINO
SECRETARIA