

Proceso No 18021

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 029 (04-03-03)

Bogotá D. C., marzo seis (6) de dos mil tres (2003).

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 2 de noviembre del 2000, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla condenó al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, en su condición de Juez 8º Laboral del Circuito de esa ciudad, a la pena de prisión de doce (12) años; multa de cuatrocientos mil pesos (\$400.000); interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y a pagar a favor del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia y/o al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la suma de cuatro mil doscientos ocho millones cien mil pesos (\$4.208'100.000), más los intereses por concepto de perjuicios civiles, como autor de los delitos de prevaricato por acción y estafa agravada, habiéndolo absuelto por el delito de falsedad de particular en documento público.

ANTECEDENTES

En el informe N° 01945 del 20 de agosto de 1998, investigadores del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación comunicaron a la Fiscalía 15 de la Unidad Nacional de

delitos contra la Administración Pública que en el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Barranquilla encontraron tres procesos ordinarios laborales, los números 6582, 6584 y 6586 con fundamento en los cuales parecía que el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia había emitido la Resolución N° 0412 del 6 de abril de 1998, que a su vez, había servido de sustento para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Resolución N° 0949 del 28 de abril de 1998, ordenara cancelar al abogado Alfonso Rafael Tapias Salcedo la suma de DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$2.782'100.000).

Igualmente expresaron que el profesional Tapias Salcedo figuraba como apoderado de los demandantes en los tres procesos citados, los cuales exhibían estas anomalías: dos, no habían sido sometidos a reparto y el último, el 6586 había sido repartido por la oficina Judicial al Juzgado 3º laboral del Circuito, no obstante lo cual el conocimiento de los tres fue asumido directamente por el despacho judicial mencionado; las tres numeraciones eran duplicados de radicaciones de otros tres procesos tramitados normalmente, conforme aparecía en el Libro Radicador N° 13; la liquidación de las prestaciones sociales allí reclamadas se basó en documentos no autenticados y las sentencias se profirieron sin sustento probatorio.

Lo anterior dio lugar a que la Fiscal 15 de la Unidad Nacional de delitos contra la Administración Pública, compulsara copias para que se investigara la conducta del titular del Juzgado 8º Laboral del Circuito para la época de los hechos, doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS .

Al examinar los tres procesos laborales, se comprueba que cada uno se inició por demanda presentada por el abogado Alfonso Tapias Salcedo en representación de decenas de ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia; en el expediente 6582 son 45 demandantes encabezados por Inés Carbonell Movilla; en el expediente 6584 son 27 demandantes encabezados por Fernando de la Hoz Zambrano; en el expediente

6586 son 35 demandantes encabezados por Fernando Cárdenas Cañaveral.

Las tres demandas se basan en los mismos puntos a saber:

Los mandantes fueron trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla que se retiraron entre los años 1988 a 1993; eran afiliados a la organización sindical por lo que gozaban de todos los beneficios convencionales; habían adquirido los derechos convencionales del año en que cada uno se retiró y habían agotado la vía gubernativa formulando el reclamo correspondiente.

Al momento de su desvinculación, la empresa no incluyó el subsidio de transporte como factor salarial, no obstante que del artículo 89 de la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO se desprende que es salario en especie y que el artículo 45 del Decreto ley 1045 de 1978 específicamente lo menciona como factor salarial que se debe liquidar al hacer el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías y de pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Las pretensiones consistían en que se condenara a que se incluyera en el salario promedio del último año de servicio, el valor del auxilio de transporte en la cuantía correspondiente a la época en que se desvinculó cada trabajador, para cuyos efectos el abogado demandante indicó la suma diaria fijada para ese concepto, en cada año, por el Gobierno Nacional.

En consecuencia, se solicitó la reliquidación y pago de la diferencia resultante en los valores correspondientes a prima de antigüedad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, pensiones de jubilación, reajustes de la ley 71 de 1988 y 4 de 1976 y la diferencia de mesadas.

En el acápite de pruebas de los tres libelos, consta la frase “aporte ejemplar de la

C.C.T.”, pero en el de anexos no está relacionado, pues sólo se mencionó el poder, la prueba del agotamiento de la vía gubernativa y los documentos donde aparecen los valores que se incluyeron en el acumulado del último año de servicio.

En ninguno de los expedientes aparece anexado el ejemplar de la convención colectiva de trabajo, como tampoco se anunció que se agregaba la copia de la demanda para surtir el traslado respectivo a la parte demandada.

En los expedientes 6584 y 6586 el demandante advirtió que de acuerdo al artículo 35 del Código de Procedimiento Laboral, la demanda le debía ser notificada al Ministerio Público, no así en el 6582.

Ahora bien, en términos generales, las tres actuaciones siguieron el siguiente patrón común.

Sello de la “DIRECCIÓN SECCIONAL CARRERA JUDICIAL”, de presentación personal de la demanda, efectuada por Alfonso Tapias Salcedo.

Nº 6582 febrero 10 de 1995 con C.C. Nº 71’125.798 de Barranquilla

Nº 6584 febrero 8 de 1995 con C.C. Nº 72’125.369 de Barranquilla

Nº 6586 febrero 9 de 1995 con C.C. Nº 72’125.369 de Barranquilla

Se observa que no coincide la cédula exhibida en el primer proceso, que es con la que se identifica el abogado, con la presentada en los dos restantes.

A continuación del anterior, se estampó otro sello de la “RAMA JURISDICCIONAL-CARRERA JUDICIAL” en el que consta el reparto al Juzgado “8”.

Nº 6582 febrero 10 de 1995 Código 9502102010004

Nº 6584 febrero 8 de 1995 Código 9502082010005

Nº 6586 febrero 9 de 1995 Código 9502092010010

Enseguida, aparece el auto que admite la demanda propuesta contra el Fondo de Pasivo Social de Colpuertos, representada legalmente por Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, por reunir los requisitos del artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral; en él se ordena se surta el traslado de la demanda por el término de seis (6) días con la entrega de copia autenticada del libelo y se le reconoce personería al abogado Alfonso Tapias Salcedo; providencias fechadas así:

Nº 6582 febrero 27 de 1995

Nº 6584 febrero 14 de 1995

Nº 6586 febrero 17 de 1995

Al respaldo del auto admisorio de la demanda del expediente 6582 hay un sello de notificación por estado, el Nº 020 del 28 de febrero de 1995, sin firma. En los otros dos expedientes, no hay sello de estado.

En ninguna de las actuaciones hay constancia u oficio de haberse notificado aquel primer proveído al representante del Ministerio Público, como tampoco obra oficio o constancia de haberlo notificado a la entidad oficial demandada, ni de haberse librado un despacho comisorio, a pesar de que el propio actor advirtió que el domicilio de ésta era la ciudad de Bogotá.

Sin mediar más actuaciones en cada proceso aparece insertado un documento de dos folios, escrito en computador, con el mismo formato, en donde el abogado Limeses Romero Ospino esgrimiendo su condición de apoderado del Fondo de Pasivo Social de

la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, contesta cada una de las demandas, con el mismo texto, pues dice que no le constan los hechos de la demanda y se deben probar en el proceso; que se opone a las peticiones y a la solicitud de condena; pide se decrete y practique una inspección judicial en las instalaciones de la empresa demandada “con exhibición de la hoja de vida del deprecante con el objeto de verificar en ella todos los puntos materia de esta controversia jurídica”.

Por otra parte propuso tres excepciones; la de mal agotamiento de la vía gubernativa, de acuerdo a los artículos 51 inciso 4º y 151 numeral 1 del Código Contencioso Administrativo; la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, aduciendo que la empresa pagó la totalidad de lo adeudado al actor; y la prescripción de la acción.

Los escritos de contestación de la demanda presentan las siguientes características:

Nº 6582	No está firmado. Carece de nota de presentación.
---------	--

Nº 6584	Nota de presentación personal de febrero 24 de 1995
---------	---

Nº 6586	Nota de presentación personal de febrero 24 de 1995.
---------	--

Los datos anteriores adquieren relevancia frente a la fecha en que los poderes anexados a las contestaciones de las demandas aparecen presentados personalmente por el Director de FONCOLPUERTOS en la Notaría 29 de Bogotá:

Nº 6582	Presentado en febrero 9 de 1995.
---------	----------------------------------

Nº 6584	Presentado en febrero 28 de 1996.
---------	-----------------------------------

Nº 6586	Presentado en agosto 29 de 1995.
---------	----------------------------------

Salta a la vista que, extrañamente, en el primer caso el poder se habría otorgado un día

antes de que se presentara la respectiva demanda y que en los otros dos, se defirieron después de que el abogado contestó las demandas.

Otra situación comparativa para destacar en los tres procesos respecto al otorgamiento de los mandatos: en los procesos 6584 y 6586 el poder está respaldado con copia del Decreto 1927 del 27 de noviembre de 1992, mediante el cual el Presidente de la República designa a Luis Hernando Rodríguez Rodríguez como Director del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación; el acta de posesión del cargo cumplida en el despacho del Ministro de Obras Públicas y Transporte y la certificación expedida por el Secretario General de ese Ministerio sobre ejercicio del cargo. En el proceso 6582 el poder no está acompañado de tales documentos.

Ahora bien, la certificación sobre ejercicio del cargo que se anexó al proceso 6584 aparece expedida el 2 de febrero de 1996, es decir, un año después de haberse contestado la demanda respectiva.

A continuación, en los tres expedientes, aparece la constancia secretarial sobre la contestación de cada demanda por el doctor Limesdes Romero Ospino como apoderado judicial de la demandada, seguida del auto que “tiene por notificado por conducta concluyente a la entidad demandada” y fija la fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación y en caso de fracaso, la primera de trámite.

No obstante que se ordenó notificar cada una de las referidas providencias, la única que aparece notificada en estado 029 del 30 de marzo de 1995, sin firma, es la del expediente 6582. En las otras dos actuaciones no hay esa constancia.

Luego se celebraron las audiencias de conciliación y primera de trámite. En la correspondiente al expediente 6582, celebrada el 16 de mayo de 1995 solamente concurrió el abogado de los demandantes, se declaró fracasada la etapa conciliatoria, se anexaron las pruebas documentales aportadas por la parte demandante y “sobre

las excepciones propuestas por la demandada y apoderado de los actores (sic) se resuelve invalidar dichas pruebas..... y no habiendo más pruebas por practicar declara cerrado el debate probatorio”. Señaló la fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de juzgamiento.

La audiencia del proceso 6584 se realizó el 4 de mayo de 1995 y la del 6586 el 12 de mayo de 1995 a cada una de las cuales tampoco asistió el apoderado de la entidad demandada, por lo que se desarrollaron en términos similares a la anteriormente descrita, sólo que en éstas no se efectuó pronunciamiento alguno respecto de las excepciones propuestas por la demandada. Por tanto se cerró el debate probatorio y se fijaron las fechas para las respectivas audiencias de juzgamiento.

Siguiendo la misma secuencia anotada, en el proceso 6582 la decisión adoptada en la audiencia aparece con constancia de notificación por estado N° 046 del 18 de marzo de 1995, sin firma; lo que no sucedió con los expedientes 6584 y 6586.

Las audiencias de juzgamiento se cumplieron así:

N° 6582 4 de agosto de 1995 a las 5:00 P. M.

N° 6584 28 de julio de 1995 a las 5:30 P. M.

N° 6586 17 de julio de 1995 a las 5:00 P. M.

En ellas, con fundamento en el artículo 89 de la convención colectiva de trabajo, se dictaron las sentencias en donde se condena a FONCOLPUERTOS a pagar la diferencia del valor de las prestaciones sociales de cada ex trabajador demandante, por razón del subsidio de transporte, más el salario moratorio.

En el proceso 6582 no se hizo alusión alguna a las excepciones propuestas por la

parte demandada; en los otros dos se declararon “no probadas por cuanto en el curso del proceso no se allegaron suficientes pruebas que ameriten su prosperidad”.

Los tres asuntos exhiben constancia de notificación por estado, sin firma.

Acto seguido, la secretaria pasa un informe al Juez diciéndole que el doctor Alfonso Tapias Salcedo prestó el juramento “ordenado en providencia anterior”, siendo que la última providencia es la dictada en la respectiva audiencia de juzgamiento.

A continuación, en la misma fecha de cada informe, el Juez se constituyó en audiencia y argumentando que dicho apoderado “solicitó se le dé cumplimiento a la sentencia” e invocando los artículos 100 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del Código de Procedimiento Civil, libró los respectivos mandamientos de pago a favor de los accionantes representados judicialmente por el doctor Alfonso Tapias Salcedo y en contra del Fondo de Pasivo Social de Colpuertos, así:

Nº 6582	25 de agosto de 1995	\$ 1.680'660.773,29
Nº 6584	10 de agosto de 1995	\$ 678 '953.194,62
Nº 6586	1º de agosto de 1995	\$ 1.000'057.289,06

También se ordenó oficiar a la entidad demandada para que pusiera a disposición del despacho las anteriores sumas.

Las providencias fueron notificadas por estado, pero no aparece constancia de haberse oficiado al Fondo, ni gestión alguna relacionada con el proceso ni el recaudo perseguido.

Transcurridos 18 meses, el 12 de febrero de 1997, el abogado Alfonso Tapias Salcedo presentó sendos memoriales en los tres procesos solicitando la reliquidación de los mandamientos de pago proferidos, en su orden el 25, el 10 y el 1º de agosto de 1995. En

consecuencia, el 26 de febrero de 1997, en los tres expedientes, el Juez 8º Laboral del Circuito, doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, procedió a reliquidar los mandamientos de pago por concepto de diferencia en el salario moratorio, más agencias en derecho por las siguientes sumas:

Nº 6582 \$ 560'636.733.56

Nº 6584 \$ 372'692.267,07

Nº 6586 \$ 756'305.459,00

En lo relativo al proceso ordinario laboral Nº 6582, el 3 de abril de 1998, ante el Inspector 8º Laboral del Trabajo se celebró una conciliación (Acta Nº 48) entre el abogado Alfonso Rafael Tapias Salcedo en representación de extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y la doctora Luz Dary Velasco Córdoba en representación del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, consistente en que se paga el 100% de la condena y el 50% de los intereses causados, correspondientes a la sentencia del 4 de agosto 1995 y la reliquidación del mandamiento de pago del 26 de febrero de 1997 impuestos por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, lo que arrojó la suma de DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$2.782'100.000) (Folios 280 a 327 C. O. 1 Fiscalía).

Con relación al proceso ordinario laboral Nº 6584, el 3 de abril de 1998, ante el Inspector 8º Laboral del Trabajo se celebró una conciliación (Acta Nº 45) entre el abogado Alfonso Rafael Tapias Salcedo en representación de extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y la doctora Luz Dary Velasco Córdoba en representación del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, consistente en que se paga el 100% de la condena y el 50% de los intereses causados, correspondientes a la sentencia del 28 de julio de 1995 y la reliquidación el mandamiento de pago del 26 de febrero de 1997 impuestos por el Juzgado 8º Laboral del

Circuito de Barranquilla, lo que arrojó la suma de UN MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ((\$1.426'600.000). (Folios 232 a 254 C. O. 1 Fiscalía).

En lo que atañe al proceso ordinario laboral N° 6586, el 30 de abril de 1998, ante el Inspector 8º Laboral del Trabajo se celebró una conciliación (Acta N° 59) entre el abogado Alfonso Rafael Tapias Salcedo en representación de extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y la doctora Luz Dary Velasco Córdoba en representación del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, consistente en que se paga el 100% de la condena y el 50% de los intereses causados, correspondientes a la sentencia del 17 de julio de 1995 y mandamiento de pago del 1º de agosto de 1995, impuestos por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, lo que arrojó la suma de DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS ((\$2.576'400.000). (Folios 255 a 279. C. O. 1 Fiscalía).

Con base en las anteriores conciliaciones el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA expidió las siguientes determinaciones:

Resolución N° 0350 del 6 de abril de 1998, que dispone dar cumplimiento a la providencia de fecha 10 de agosto de 1995 proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Barranquilla y ordenar el pago de UN MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$1.426'600.000,00) por intermedio del doctor Alfonso Rafael Tapias Salcedo, en títulos de Tesorería TES, clase B. (Fl. 328, C. O. 1 Fiscalía)

Resolución 0412 del 6 de abril de 1998, que dispone dar cumplimiento al mandamiento de 26 de febrero de 1997 proferido por el Juzgado 8º Laboral del Circuito y ordenar el pago de la suma de DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$2.782'100.000) por intermedio del doctor Alfonso Rafael Tapias Salcedo, en títulos de Tesorería TES, clase B. (Fl. 332, C. O. 1 Fiscalía).

Resolución 1519 del 8 de mayo de 1998, que dispone dar cumplimiento a la providencia de julio 17 de 1995 proferido por el Juzgado 8º Laboral del Circuito y ordenar el pago de la suma de DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$2.576'400.000) por intermedio del doctor Alfonso Rafael Tapias Salcedo, en títulos de Tesorería TES, clase B. (Fl. 334, C. O. 1 Fiscalía).

Como consecuencia de las solicitudes dirigidas por el Director de FONCOLPUERTOS al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que se expidieran títulos de Tesorería TES, clase B, para el pago de sentencias y conciliaciones judiciales el despacho ministerial expidió la Resolución 0949 del 28 de abril de 1998 reconociendo como deuda pública las sentencias y conciliaciones a cargo de dicho Fondo a favor de 23 personas, entre ellas Alfonso R. Tapias por un monto de CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$4.208'700.000) a nombre de quien ordenó emitir los respectivos títulos con un plazo de cinco (5) años. (Fls. 244 a 249 C. O. 3. Tribunal).

Así mismo, mediante Resolución 1249 del 26 de mayo de 1998, reconoció como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales a cargo de FONCOLPUERTOS y a solicitud de éste, dispuso emitir Títulos de Tesorería, Clase B, a nombre de 70 personas, entre quienes se encuentra Alfonso R. Tapias, por un monto de DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$2.576'400.000), a nombre de quien ordenó emitir los respectivos títulos con un plazo de diez (10) años. (Fls. 252 a 258 C.O. 3 del Tribunal).

ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

Una vez que el procesado LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS fuera vinculado al proceso mediante indagatoria, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, conforme a la resolución del 21 de mayo de 1999, en la cual se le atribuyeron los delitos de Falsedad de particular en documento público, prevaricato por acción y

peculado, con base en que a pesar de que en los sellos de presentación y reparto de las demandas consta la asignación al juzgado a su cargo, uno de ellos le había sido asignado a otro juzgado y los dos restantes no fueron sometidos a reparto; así mismo, por las decisiones y el trámite adoptados en ellos y porque con los mandamientos de pago se accedió fraudulentamente a dineros del Estado. (Folio 81 y ss. C.O. 3 Fiscalía).

No obstante, el 10 de agosto de 1999, por vía de apelación, la Fiscalía Delegada ante esta corporación, confirmó la medida de aseguramiento pero modificó la calificación provisional de la conducta adecuada al delito de peculado por la de estafa agravada, habida cuenta que el procesado no tuvo disponibilidad material ni jurídica sobre los dineros estatales correspondientes a las sentencias ejecutivas por él proferidas. (C.O. Fiscalía ante la Corte).

En dos resoluciones dictadas el 30 de agosto de 1999, se declaró parcialmente cerrada la investigación, en lo que respecta con los delitos de falsedades, prevaricatos y estafas agravadas y se rompió la unidad procesal para investigar por separado el posible delito de concierto para delinquir. (folios 241 y 242 C. O. 3 Fiscalía).

El 9 de noviembre de 1999, se profirió resolución de acusación contra el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS como presunto responsable de los delitos de falsedad documental en concurso material homogéneo; prevaricato en concurso material homogéneo y estafa en concurso material homogéneo. (Fls. 270 a 293 C.O. Fiscalía).

Recurrida por vía principal y accesoria, se denegó la reposición de la acusación, la cual fue confirmada por el ad quem el 28 de enero del 2000. (C.O. Fiscalía ante la Corte).

La causa se rituó ante el Tribunal Superior de Barranquilla, durante la cual se allegaron pruebas de diversa índole. En la audiencia pública la Fiscalía, el Ministerio Público y la parte civil, solicitaron la condena del procesado, en tanto que éste y su defensor imploraron su absolución.

SENTENCIA IMPUGNADA

I. Delito de falsedad documental.-

Esta conducta punible le fue atribuida al procesado sobre el supuesto de que una de las demandas laborales fue repartida a otro juzgado diferente al 8º laboral del Circuito y que las otras dos nos fueron repartidas a ese despacho; imputación que parte de la certificación que expidió el Jefe de la Oficina Judicial de Barranquilla, con base en la información que le suministró el ingeniero Blas José Sierra, de datos encontrados en los archivos magnéticos de esa dependencia. En criterio del Tribunal ese documento no prueba el hecho delictivo, porque quien la expide no era el jefe de la oficina por la época de los hechos y no proviene de quien efectivamente verifica los datos. (Fls, 21 y 79 C.O. 1. Fiscalía).

Entonces analiza otros elementos de juicio, tales como las dos inspecciones judiciales llevadas a cabo en la Oficina Judicial de Barranquilla, los testimonios recibidos en ellas, que dan cuenta de una incineración de sellos efectuada en el año de 1997; que la información de la red de sistema correspondiente al segundo semestre de 1995 se perdió; que no fue posible bajar la información sobre el sistema de reparto de los años de 1994 a 1997 porque se apagó la fuente de poder; y que no se encontraron los libros de reparto de 1994 y 1995 de los juzgados laborales. De todo ello concluye que la certificación sobre la que se basa la imputación carece de fuerza probatoria, además de que no hay prueba de que los sellos de presentación personal y reparto utilizados en los procesos laborales 6582, 6584 y 6586 no fueran los genuinos, pues ni siquiera a través del dictamen grafológico practicado por el Cuerpo Técnico de Investigación se lograron resultados positivos. A ello agrega que no se pudo establecer quienes fueron los autores de las firmas y anotaciones que figuran en los sellos.

Se remite luego a la inspección judicial practicada en el Juzgado 8º Laboral del Circuito

de Barranquilla y no encuentra contribución alguna a la claridad de lo ocurrido en la doble radicación que aparece en el Libro Radicador N° 13, pues los empleados de ese despacho, la atribuyen al volumen de trabajo y a la intervención de los egresados de las Facultades de derecho que temporalmente colaboraron con las actividades del Juzgado. De tales versiones y del resultado de la prueba grafológica infiere que son insuficientes para dar por cierta la falsedad de las anotaciones correspondientes a los procesos en referencia.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, el Tribunal, aplicando el principio in dubio pro reo, absolvió al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS por el delito de falsedad documental.

II. Delito de Prevaricato.-

Habida cuenta que son varios los hechos que el ente investigador enmarcó en esta conducta punible, el a quo los individualizo en su estudio, como enseguida se expone.

1. Irregular admisión de las demandas.

a) Observa el Tribunal que entre los documentos en que consta que los demandantes habían solicitado previamente a la empresa que le reconociera el subsidio de transporte para efectos de liquidación de cesantía o pensión allegados, los cuales constituyen la prueba del agotamiento de la vía gubernativa, uno de los extrabajadores William de Jesús Arrieta solicita algo diferente, que le reconozcan recargo nocturno y recargo de operadores de equipo; no obstante lo califica como un error involuntario del juez dado el cúmulo de trabajo que podía tener al momento.

Lo que sí reprocha es que, salvo unas cuantas excepciones, las reclamaciones no señalan la dirección a donde la empresa les podía contestar, conforme lo impone el

artículo 6º del Código Contencioso Administrativo. Por tanto, manifiesta que, sin devolver la demanda, en el curso del proceso, el Juez debió verificar lo de las respuestas.

b) En ninguno de los tres procesos aparecen como anexos las copias para dar traslado de las demandas que es una exigencia del artículo 26 del Código de Procedimiento Laboral, pues sin ese requisito no se podría dar traslado de la demanda. Pero como es un formalismo, bien había podido ordenarse el traslado disponiendo que se aportaran las copias para ello, sin embargo nada se dijo en el auto de admisión, ni se aportaron las copias.

Califica estos dos hechos como irregularidades subsanables que no impedían admitir la demanda, pero los considera indiciarios de las “torcidas intenciones que animaban al funcionario judicial”.

2.- Apreciación de documentos sin valor probatorio por corresponder a fotocopias simples.

Le otorga razón a la defensa cuando argumenta que era procedente aportar fotocopias simples como pruebas de las demandas, aduciendo que en febrero de 1995 cuando fueron presentadas las demandas regía el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 sobre descongestión judicial, por lo tanto debía aplicarse el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, permaneciendo la distinción con los documentos provenientes de terceros. Lo que pone en tela de juicio es la capacidad de tales fotocopias para probar por sí solas los derechos alegados. Pon ende, no encontró irregularidad en que se admitieran y valoraran tales documentos, sólo que esa apreciación se habría efectuado de manera torcida.

3.- Indebida notificación del auto admisorio de la demanda.

El juez colegiado encuentra demostrada esta conducta en la medida en que no se notificó del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público ni a la parte demandada. Se simuló la de esta última haciéndolo por conducta concluyente, ante la supuesta intervención de un apoderado que “por obra de ‘magia’ se enteró del proceso y aterriza allí para consumir el cometido ilícito”.

Aceptando que la notificación es una actuación que compete a la secretaría, el Tribunal advierte que el juez no podía dar el paso siguiente, fijar la audiencia de conciliación y primera de trámite sin verificar que el primer auto estuviera debidamente notificado; deber difícil de evadir sabiendo que la sede de la demandada era la ciudad de Bogotá como lo reza la demanda y que por ello había que librar un despacho comisorio, sin cuya constancia de envío podía aplicar una norma diversa y en los expedientes no aparece constancia de haberse librado el despacho comisorio ni la manera como el abogado Limeses Romero Ospino se enteró de las demandas.

Con ese proceder, dice el juez plural, se violó injustificadamente el artículo 41 del Código de Procedimiento Laboral en los tres procesos, pues no se podía acudir a las normas de procedimiento civil antes de dar aplicación a las específicas del área laboral.

Igualmente, destaca la ausencia de notificación personal al agente del Ministerio Público, ordenada por el artículos 35, inciso 2º y 41 literal b) del estatuto adjetivo laboral y rechaza la disculpa que para esa omisión brinda el procesado diciendo que el representante de la sociedad le había manifestado que para las notificaciones de las admisiones de demanda bastaba que le enviara un oficio, puesto que es una directriz que ni la podía imponer el delegado del Ministerio Público ni la podía acoger el Juez.

Así mismo descarta el predicamento del procesado sobre la pérdida o extracción de folios de los expedientes y sobre los cuales sustenta la ausencia de constancias sobre las notificaciones por despacho comisorio, por cuanto él mismo admitió que no era raro que

no se foliaran los expedientes, lo que lo lleva a concluir que la foliación que se les hizo es la correcta.

4.- Supuesta intervención del apoderado de la parte demandada ante ausencia de poder.

El juez de primer grado expresa que en el proceso laboral 6582 el poder otorgado por el representante legal de FONCOLPUERTOS, además de haber sido otorgado antes de que se presentara la respectiva demanda, no tenía validez dentro del proceso porque no se adjuntó la resolución de nombramiento ni el acta de posesión del Director de la entidad.

En la segunda radicación (6584) observa que el poder aparece otorgado el 26 de febrero de 1996, siendo que el auto admisorio de la demanda se profirió en febrero de 1995 y que la audiencia de juzgamiento se cumplió el 28 de julio, también de 1995.

En la tercera radicación (6586) resalta una situación similar pues la demanda fue admitida el 17 de febrero de 1995, contestada el 24 de ese mes, pero el poder fue presentado en Notaría el 29 de agosto siguiente, además de que la fotocopia del decreto de nombramiento se autenticó el 15 de junio de 1995, cuando la sentencia se había proferido el 17 de julio del mismo año.

De la inexistencia de poder para actuar en un expediente poco voluminoso, deduce la intención del procesado de actuar contrario a derecho.

Con respecto al mismo tema, analiza la vinculación contractual que tenía el abogado Limesdes Romero Ospino con el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, como contratista independiente en labores de supervisión y defensa de los procesos judiciales en contra de la Nación, la Empresa Puertos de Colombia o el Fondo de Pasivo Social de ésta “previa autorización o poder conferidos por el director general” para destacar que no contaba con un poder general de representación, sino que

era necesario que en cada caso se le otorgara uno particular.

Comenta la explicación que Limedes Romero Ospino suministró respecto a la fecha de otorgamiento de los poderes, que es posterior al día en que contestó las demandas, consistente en que al enterarse de que no le renovarían el contrato de servicios profesionales revisó los procesos y encontró que en algunos de ellos su nombre estaba mal escrito pues en lugar de Limedes decía Limides y en lugar de Ospino decía Ospina, por ello resolvió por su propia cuenta y sin la autorización del juzgado cambiar esos poderes por otros que tenían bien escrito su nombre.

El Tribunal desechó tal explicación en razón de que los tres tienen fechas distintas y ninguno ad portas del vencimiento del contrato, que fue el 31 de octubre de 1997; ninguno fue llenado desde Bogotá, pues los espacios en blanco, en donde debía insertarse el nombre del abogado, están manuscritos; lo aducido era intrascendental porque existía suficiente documentación donde constaba el nombre correcto del abogado, además de que éste los presentó personalmente.

5.- Sustento de las sentencias laborales.

Al analizar la legalidad de las sentencias proferidas en los tres procesos ordinarios laborales, el a quo, revisa tres temas.

a) La audiencia de conciliación y primera de trámite celebrada en cada proceso, en la que no se dijo nada respecto de las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda que pedía una inspección judicial en las instalaciones de la empresa demandada con exhibición de la hoja de vida de los demandantes para verificar los puntos en controversia. En opinión del sentenciador debió practicarse la prueba o solicitarse la copia de las hojas de vida de los demandantes; en su defecto, el juez debió especificar por qué negaba la prueba, independientemente de la inasistencia del apoderado a la audiencia, lo que no implicaba que hubiera renunciado a su práctica, pues, por el contrario, aparecía

necesaria ante la insuficiencia de la aportadas para probar el derecho demandado.

Ese proceder era indispensable para asegurar los propósitos defraudadores.

b) En la audiencia de juzgamiento y sentencia, se tomó como fundamento del derecho al subsidio de transporte de todos los demandantes el artículo 89 de la convención colectiva de trabajo, pero el ejemplar de ella, que sólo se mencionó en la radicación 6582, no aparece relacionada en ninguno de los tres expedientes como prueba anexada a la demanda, por lo que la sentencia no podía fundamentarse en ella, ya que no es una norma de carácter general y sólo produce efectos entre las partes.

c) Materialidad del derecho.

Las pruebas allegadas y la convención colectiva de trabajo que no obraba en los procesos, no conducían a probar con certeza los derechos pretendidos, pues del texto de dicha convención no se puede deducir que todos los empleados cobijados por ella tuvieran derecho al subsidio de transporte, porque lo que hace el artículo 89 es definir qué es el salario, indicando que está constituido, entre otros tópicos, por lo que el trabajador recibía por auxilio de transporte municipal o intermunicipal, en concordancia con el artículo 35 ibídem que regula el tema del transporte. De ahí, el juez colectivo deduce la posibilidad de que no a todos los trabajadores se les cancelaba auxilio de transporte, porque no le resulta razonable que se le pagara a quien la empresa le suministraba el transporte directamente, por ello, estima que previamente se debió demostrar quiénes, de los trabajadores, habían recibido ese auxilio. (Fls. 113 a 182. C.O. 3 .Tribunal)

Agrega que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la ley 50 de 1990 excluye expresamente el concepto indicado, como factor constitutivo de salario, todo lo cual obligaba a demostrar previamente si los demandantes recibían o no el auxilio por cuanto la prueba no estaba en el expediente.

A título de corroboración para su aserto, a Marcos Rojas, a quien según los soportes de la demanda no le cancelaban subsidio de transporte en ninguna quincena y quien explica que la empresa ponía buses para hacer el recorrido, pero cuando no los recogían, se debían transportar por cuenta propia, atribuyendo a esa circunstancia la diferencia; el mismo agrega que los que vivían lejos no tenían transporte de la empresa, pero en la tarjeta de pago se incluía el auxilio. (Fl. 94 a 97 C. O. 1. Fiscalía).

El Tribunal rebate el argumento del procesado según el cual, de los documentos aportados con las demandas, en donde constan las liquidaciones de prestaciones sociales, se deduce con claridad que los trabajadores tenían derecho al subsidio de transporte, porque lo que advierte es que en algunos casos aparece liquidado y en otros no.

Al revisar el proceso 6584 el a quo no halló documento alguno en que conste que en alguna oportunidad se le hubiera cancelado a alguno de los demandantes el subsidio de transporte, por ello afirma que el argumento del juez es pura imaginación.

Con vista en el proceso 6586 observa que la mayoría de los trabajadores no presentaron la prueba de haber recibido el auxilio en alguna quincena; pero encontró que a algunos sí se les liquidó en las respectivas resoluciones de reconocimiento de cesantías definitivas o pensión de jubilación, como sucedió en los casos de Orlando Emilio Rodríguez, Parmenio Pacheco, Mario Polo, Humberto Medina, Joaquín Ospino, Sofanor Tejada, Néstor Triviño, Miriam Sánchez, no obstante lo cual resultaron beneficiarios de la sentencia que condenó a FONCOLPUERTOS. (Fls. 43, 51, 56, 61, 65, 109,130 y 164).

Expresa que la misma situación se presentó en el proceso 6582, con el agravante de que uno de los beneficiados, William Arrieta, según la vía gubernativa, tenía una pretensión distinta al subsidio de transporte (Fl. 28).

Así concluye que no era tan evidente el derecho que asistía a todos los demandantes

para solicitar que en sus liquidaciones se incluyera el subsidio de transporte, debía probarse el derecho en cada caso, con medios idóneos. Bajo tales argumentos califica la sentencia de manifiestamente contraria a derecho.

6.- Mandamiento de pago sin previa demanda ni petición al respecto.

Frente al hecho de que el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS profirió orden de pago de las sentencias dictadas en los tres procesos, sin que mediara solicitud alguna, ni auto que ordenara el juramento, ni el acta de juramento, ni auto que fijara la fecha de la audiencia para librar el mandamiento de pago, que debía notificarse a las partes, el Tribunal Superior descarta las explicaciones que da al respecto, basadas en el interés de la nueva titular del despacho en desprestigiar su nombre y en la desaparición de diversos documentos, por sustracción de agentes extraños o por la irregularidad en la toma de fotocopias de los expedientes con destino a las investigaciones penales.

Concluye, entonces, que tales actuaciones son contrarias a derecho.

Al tocar el tema de la responsabilidad del procesado por el delito de prevaricato por acción, memora la prueba sobre su calidad de Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, precedida del respectivo nombramiento y posesión, condición bajo la cual firmó las controvertidas decisiones adoptadas en los procesos ordinarios laborales 6582, 6584 y 6586.

Dada la trayectoria profesional del implicado descarta que hubiera incurrido en las irregularidades anotadas, por inexperiencia.

Refiere el informe de policía judicial rendido por miembros del C.T.I. sobre la captura de los abogados Limeses Romero Ospino y Alfonso Tapias Salcedo, la declaración juramentada de uno de los captores y de los dos capturados, que dan cuenta que la aprehensión de los dos abogados litigantes se cumplió cuando intentaban sobornar con cincuenta millones de pesos, que fueron incautados, a los investigadores del Cuerpo

Técnico de Investigación que adelantaban averiguaciones sobre lo que ocurría con los pagos ordenados por FONCOLPUERTOS, pues, según las manifestaciones de Limesdes Romero Ospino tanto él como Alfonso Tapias Salcedo y “Lucho”, aludiendo al juez LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS estaban interesados en “arreglar la situación”; así mismo tomó en consideración las afirmaciones del mismo abogado Romero cuando aseguró que él era el jefe de Tapias.

Comenta la declaración de Marcos Rojas, uno de los extrabajadores demandantes, en cuanto relata que conoció a Alfonso Tapias Salcedo porque su hermana María Rojas es amiga de Limesdes Romero Ospino motivo por el cual el testigo fue a la oficina de éste, quien le recomendó a Alfonso Tapias Salcedo para el proceso del auxilio de transporte; y en dos ocasiones en que concurrió a la oficina de Romero, allí se encontraba Tapias.

Descartando cualquier interés de los declarantes citados, el a quo acoge tales elementos de juicio como pruebas del vínculo existente entre los dos profesionales del derecho y el titular del Juzgado 8º Laboral del Circuito, a quien ubica desde el principio como participante de la empresa criminal, con el pronunciamiento de providencias contrarias a la ley.

El juez plural consideró que los hechos anteriores se adecuaban a un concurso homogéneo de tres (3) delitos de Prevaricato por acción conforme a la descripción que traía el artículo 149 del Código Penal (anterior), descartando la aplicación de la modificación introducida por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, por principio de favorabilidad, pues consideró que las respectivas acciones se habían cumplido en el mes de febrero de 1995, antes de que entrara en vigencia dicha ley.

III.- Delito de estafa

El primer aspecto que toma en consideración la instancia se relaciona con que las

sentencias dictadas en los tres procesos laborales sirvieron de fundamento a los pagos irregulares que fueron materia de investigación; deducción que extrae del informe 01945 rendido por los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación; de toda la documentación remitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que revela que en el trámite a la obtención de los pagos de las sentencias judiciales fue necesario anexar copias de ellas y certificaciones de los respectivos despachos informando que no aparece cancelada la obligación, así como las copias de las actas de conciliación números 45, 48 y 59, que refieren el pago de las sentencias proferidas por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Barranquilla. También las copias de las resoluciones 0350, 0412 y 1519 de 1998 proferidas por el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia que se dictan con base en las citadas providencias judiciales. Aclara sí que las conciliaciones atañen a la forma de pago de las obligaciones ya creadas en los pronunciamientos judiciales.

Para reafirmar la efectividad de los pagos, recuerda las conciliaciones judiciales y la Resolución 0949 del 28 de abril de 1998, por medio de la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ordenó el pago de las sentencias al abogado Alfonso Rafael Tapias Salcedo; también las manifestaciones del testigo Marcos Rojas en cuanto relata que a él le correspondieron 26 millones de los 50 que se obtuvieron por su reclamación, además de la versión del propio abogado Tapias Salcedo dando cuenta de la manera y los lugares en donde le entregó a sus mandantes el dinero reclamado.

En criterio del Tribunal, los medios esenciales usados para engañar al Estado fueron las providencias dictadas por el procesado, cuyo propósito era obtener un provecho ilícito de parte del ente estatal, lo que iría en beneficio de los trabajadores y del juez, por cuanto su parte en la empresa criminal llegó hasta dictar la última providencia, lo que no lo exime de responsabilidad frente a la consumación del ilícito, pues su actuación seguía produciendo efectos en etapas posteriores.

En cuanto a este delito contra el patrimonio económico, concluye que se realizaron tres conductas ilícitas, dos consumadas y una tentada, en razón de que no se cuenta con la prueba del pago correspondiente a uno de los procesos; a lo que agregó la agravante del numeral 1º del artículo 372 del Código Penal anterior.

IV.- Dosificación punitiva

En cuanto a los delitos de prevaricato por acción, el Tribunal dosificó la pena privativa de la libertad del cometido en el proceso laboral N° 6582, teniendo en cuenta como atenuante genérico la circunstancia del ordinal 1º del artículo 64 y como agravantes genéricos las situaciones consagradas en los ordinales 7º, 11º y 12º del artículo 66 del Código Penal (derogado).

En consideración a la gravedad del hecho, su modalidad y el grado de culpabilidad, decidió no partir del mínimo establecido en el artículo 149 del estatuto punitivo, sino de dos (2) años, al cual le disminuyó cuatro meses por la atenuante y le aumentó cuatro meses por cada una de las agravantes, llegando a la cifra de treinta y dos (32) meses.

Prosiguió asignando la misma dosificación punitiva a cada uno de los otros dos prevaricatos, es decir treinta y dos (32) meses por el proceso 6584 y treinta y dos (32) meses por el proceso 6586.

Al delito de estafa le aplicó la misma metodología y fundamentación, de manera que a la estafa cometida con el proceso laboral N° 6582, partió de cuatro (4) años de prisión, le disminuyó cinco (5) meses por la atenuante y le aumentó diez (10) meses por la dos agravantes, para un total de cuatro (4) años y diez (10) meses de prisión. Y por la agravante del numeral 1 del artículo 372 aumentó veintidós (22) meses, para un total de seis (6) años y ocho (8) meses. Fijó la multa en doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000).

En lo relativo con el proceso laboral N° 6584, por tratarse de una cuantía menor, fijó la pena privativa de la libertad en seis (6) años y cuatro (4) meses y la multa en doscientos mil pesos (\$200.000).

Al referirse al delito cometido en el proceso laboral N° 6586, partió de la pena que dosificó para el 6582, pero por no haberse consumado, aplicó el dispositivo amplificador que traía el artículo 22 del Código Penal tomó las tres cuartas partes de aquella pena y la dejó en sesenta (60) meses. Advirtió que lo mismo se hacía con la multa.

A todo lo anterior le aplicó las reglas del concurso de delitos (artículos 26 a 28 C.P.) que permite aumentar la pena de la conducta más grave hasta en otro tanto sin superar la suma aritmética de los seis (6) hechos punibles y de esa manera, tomo como punto de partida el delito de estafa cometido con el proceso laboral N° 6582 y la aumentó hasta un límite un poco inferior al máximo, por razón del número de hechos punibles y terminó fijándola en doce (12) años de prisión. Y la multa la dejó en cuatrocientos mil pesos (\$400.000).

También le impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por el término máximo permitido de diez (10) años.

Finalmente, a título de perjuicios civiles ocasionados al Estado, condenó al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS a pagar la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES CIEN MIL PESOS (\$ 4.208'100.000) más los intereses que se causen desde el momento en que se ejecutó el hecho hasta cuando se produzca la cancelación.

La sentencia concluye absolviendo al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS por el delito de falsedad documental.

Por no haberse deducido responsabilidad contra el procesado por la conducta que atenta contra la fe pública y por no haber dado aplicación a la ley 190 de 1995, uno de los

Magistrados integrantes de la Sala, salvó parcialmente su voto.

LA APELACIÓN

Para sustentar la pretensión de que la Corte revoque la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, y en su lugar lo absuelva, el defensor analiza la sentencia impugnada en cada uno de los presupuestos considerados tanto por el ente investigador como por el juez colegiado, como estructurantes de las conductas punibles atribuidas al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS. Entonces, al tomar como referente el delito de prevaricato por acción, discute las conclusiones del sentenciador respecto de la irregular admisión de la demanda con la que se inició cada proceso ordinario laboral, la indebida notificación del auto que la admitió, la intervención del doctor Limedes Romero Ospino como apoderado de la empresa demandada, la contrariedad de las sentencias laborales con el derecho.

Con relación al delito de estafa aborda únicamente el elemento del engaño deducido por la instancia, cuya concurrencia desconoce.

En último lugar, protesta por la metodología utilizada por el Tribunal Superior de Barranquilla para dosificar la pena que impuso al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS por el concurso delictual que le atribuyó.

Con el propósito de evitar repeticiones innecesarias, los argumentos del recurrente serán expuestos y contestados puntualmente en la parte propiamente motiva de esta decisión.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia dictada en este proceso, de conformidad con lo dispuesto por los

artículos 75, numeral 3 y 76 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el procesado es un juez laboral del Circuito de Barranquilla juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad.

Conforme se había anunciado, los aspectos postulados por el impugnante respecto de los cuales la Sala se pronunciará, son los siguientes:

I .- Delito de prevaricato por acción.

A.- Irregular admisión de las demandas.

El recurrente comenta que el ente acusador calificó de prevaricador el auto que admitió cada demanda porque “el agotamiento de las vías gubernativas no era suficiente para tomar esa primera determinación” y que la sentencia apelada refiere la irregularidad al hecho de que, en la mayoría de solicitudes formuladas por esa vía, no aparezcan las direcciones de los interesados para recibir respuestas que les diera la entidad descentralizada y que el juez no las hubiera verificado; entonces, descarta que el inculpado hubiera incurrido en el delito de prevaricato por cuanto no era su obligación efectuar esa verificación.

En criterio del impugnante, la vía gubernativa se agotó, pues al juez le bastaba contabilizar si habían transcurrido más de dos meses desde la fecha en que la empresa recibió cada memorial hasta la presentación de la demanda, es decir si había operado el silencio administrativo negativo, conforme lo reglamentan los artículos 51, 40 y 7 del Código Contencioso Administrativo.

Explica que, en caso de que el memorial que agota esa vía no concuerde en su totalidad con todas las pretensiones de la demanda, el juez la admite y en el fallo se abstiene de

pronunciarse en los puntos de la demanda no contemplados en el reclamo gubernativo; y que si el no agotamiento de la vía gubernativa no se alega como excepción previa, ella queda saneada, según lo pregonan la doctrina y la jurisprudencia laboral. Aclara que, el agotamiento de la vía gubernativa no se exige cuando se reclaman salarios moratorios porque son accesorios y dependen de la prosperidad de las peticiones principales.

De lo anterior, el apelante deduce que las únicas exigencias de una demanda laboral son las contempladas en el artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral.

Entonces afirma que, en cada uno de los memoriales que representan el reclamo gubernativo en los tres procesos, se pidió el reconocimiento del subsidio de transporte como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales en forma definitiva y que luego se efectuara la reliquidación de las diferencias, y como ese era el fundamento de las demandas, entiende cumplido el requisito del artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral; así concluye que las demandas fueron bien admitidas y no existió conducta prevaricadora por parte del procesado.

Para la Sala, el argumento del Tribunal es acertado en cuanto censura al Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla que hubiera verificado si la entidad demandada había dado respuesta a cada reclamación proveniente de los extrabajadores demandantes, como parte del agotamiento de la vía gubernativa, pero no lo es al considerar que la irregularidad era meramente formal, pues el agotamiento de la vía gubernativa es un tema que trasciende hasta la sentencia que se dicta en el proceso laboral.

Se hace necesario entonces, adentrarse en el punto a partir de la regulación legal, consignada en el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral que establece:

“Acciones contra entidades de derecho público, administrativas o sociales. Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el

procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente”.

El alcance procesal de dicha disposición puede ser ilustrada con los siguientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de esta corporación:

“... para la sala no cabe la menor duda de que la exigencia del artículo 6º del código de procedimiento laboral, sobre agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, constituye un factor de competencia para el juez laboral, y como tal debe estar satisfecho en el momento de la admisión de la demanda. Si no aparece demostrada esa circunstancia, comprueba que no tiene por qué ser forzosamente literal, porque el hecho admite otros medios probatorios, es imperativo su rechazo, como ocurre cada que falta un presupuesto procesal. Si a pesar de todo se le admite, la actuación nace viciada, y si no se alega oportunamente la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción ni se propone incidente de nulidad, el vicio sigue gravitando sobre el proceso y el juez está obligado a declarar lo nulo en el momento en que lo observe, y de plano, por ser inallanable la causal en virtud de que la competencia... es improrrogable “.(Sala de Cas. Lab. Sent., Octubre 14/70).

“La jurisprudencia de esta sala ha considerado, en doctrina que ahora se ratifica, que el agotamiento de la vía gubernativa es para el juez laboral un factor especial de competencia establecido, dentro del capítulo que regula la materia, por el artículo 6º del código procesal del trabajo.

“Igualmente ha sostenido la sala, en las sentencias de su sección primera de 14 de octubre de 1970 y dentro de julio de 1981 citadas por el recurrente, que cuando en una misma demanda se citan varias pretensiones y el juez es competente para conocer de algunas por haberse agotado para ellas el procedimiento gubernativo y para otras no, el fenómeno que se produce es el de la indebida acumulación de pretensiones, que afecta el presupuesto procesal “demanda en forma” por tanto inhibe al juzgador para fallar

sobre la demanda considerándola como un todo.

“Sin embargo, según ha tenido oportunidad de precisarlo también la sala de casación laboral, se está igualmente ante un asunto de competencia cuando en una misma demanda el actor acumula unas pretensiones con respecto a las cuales ha agotado la vía gubernativa con otras para las que no ha cumplido ese requisito porque lo que es factor de competencia para el todo también lo es para la parte. En esta hipótesis ocurre, sencillamente, que el juez tiene competencia para resolver sobre las pretensiones para las cuales el demandante haya agotado previamente la vía gubernativa y carece de esa competencia para decidir sobre las demás. Cosa distinta es que, frente a la posibilidad que tiene el demandante de acumular varias pretensiones en una misma demanda, deba cuidarse de que el juez sea competente para conocer de todas en los términos del artículo 82- 1 del C.P.C., aplicable en este punto también a los juicios del trabajo.

“Lo deseable, lo jurídico y lo lógico es que el juez, antes de admitir la demanda instaurada contra una entidad de las previstas por el artículo 6º del código procesal del trabajo, examine cuidadosamente, puesto que está nada menos que resolviendo sobre su competencia para conocer del asunto, si la vía gubernativa que sido bien agotada. Y es natural que ese mismo cuidado se extienda a la admisión de la enmienda o corrección de la demanda que el actor puede hacer en la primera audiencia de trámite. También es deseable que la entidad demandada advierta oportunamente al juez, mediante la proposición de los medios exceptivos pertinentes, sobre las irregularidades que observe en cuanto a la competencia para conocer del asunto, o para decidirlo, determinada por el adecuado agotamiento de la vía gubernativa. Esto hace parte de la lealtad que las partes se deben entre sí y principalmente le deben al juez, conforme a la preceptiva del artículo 49 del código procesal del trabajo.

“Sin embargo, si el litigio se adelanta sin que el juez advierta su incompetencia parcial,

llegado el momento de proferir el fallo debe resolver de mérito sobre aquellas pretensiones para cuya decisión sea competente por haber quedado comprendidas dentro del agotamiento previo de la vía gubernativa el índice solamente respecto de aquellas que no estuvieren en esa situación.” (C.S.J., Sala Cas. Lab. Sec. 2ª, Sent., dic. 11/91. M. P. Hugo Suescún Pújols).

De acuerdo con el entendimiento que surge del propio texto del artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral y con la interpretación que con criterio de autoridad proviene de la Sala de Casación Laboral, es claro que el agotamiento de la vía gubernativa se constituye en un factor de competencia para decidir sobre las demandas presentadas en acciones instauradas contra entidades de derecho público, por lo que en ausencia de ese presupuesto lo procedente es inadmitirla por falta de competencia; y en el caso de ser admitida, el proceso nace viciado, por lo que al juez le corresponde, de oficio, declararlo nulo por falta de uno de los presupuestos procesales.

En esas condiciones, dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada, para admitir la demanda, era deber del juez laboral examinar si era competente para asumir su conocimiento frente al instituto del agotamiento de la vía gubernativa. Con todo, la admisión de las demandas no resultó ser abiertamente ilegal, porque, frente a la acumulación de pretensiones que exhibían los procesos ordinarios laborales 6582, 6584 y 6586, y ante la eventualidad de que al menos algunas de las pretensiones cumplieran ese presupuesto, subsistía la posibilidad de que la improcedencia de la acción, en los casos en que no se hubiera agotado la vía gubernativa, se declarara en la sentencia. En ese sentido se comparte la decisión del a quo cuando concluye que las providencias que admitieron las demandas en los tres procesos laborales no son, per se, prevaricadoras.

El impugnante atribuye al Tribunal haber construido parte del delito de prevaricato por la indebida admisión de las demandas con el argumento de que el demandante no había

aportado copias para el traslado de la demanda; a ello opone el criterio jurisprudencial que admite que se presenten copias de la demanda y no de sus anexos.

La Sala observa que la inconformidad anterior es infundada por cuanto el Tribunal Superior, consideró que esa circunstancia era un aspecto meramente formal que bien podía subsanarse. Luego por ese aspecto nada hay que objetar o agregar al planteamiento del a quo.

B.- Indebida notificación del auto admisorio de la demanda.

El abogado apelante critica al Tribunal por la “torcida y equivocada concepción del instituto” , refiriéndose a la notificación por conducta concluyente, por cuanto el juez plural consideró violatoria de la ley la providencia que declaró que la empresa demandada había sido notificada a través de ese mecanismo, ya que previamente no se adelantaron las diligencias para cumplir con el enteramiento personal tanto del representante de FONCOLPUERTOS como del agente del Ministerio Público.

Especula que si el doctor Limeses Romero Ospino no hubiera recibido copias de las demandas, para el traslado, no habría podido contestarlas; que para enterarse de su contenido sólo le bastaba pedir los expedientes ya que en materia laboral no existe reserva sumarial, Agrega que, por la época de los hechos, Romero actuaba como apoderado de la empresa, defendiendo los intereses de esta según los contratos de servicios profesionales suscritos con ella, por lo que no estaba usurpando funciones.

También protesta por la violación al principio de investigación integral (Art. 249 C.P.P.), puesto que el procesado, desde la indagatoria, solicitó que se determinara si para los años de 1995 y 1996 el doctor Romero Ospino era el único abogado que actuó ante el Juzgado 8º Laboral del Circuito en representación de la empresa, sin que se hubiera accedido a tal pretensión.

La Sala comparte la deducción contenida en la sentencia impugnada respecto de la ilegalidad predicable de la notificación de los autos que admitieron las demandas de los tres procesos laborales.

En materia laboral las notificaciones están reguladas en el artículo 41 del Código de Procedimiento Laboral en estos términos:

“Forma de las notificaciones. Las notificaciones se harán en la siguiente forma:

1º.- Personalmente:

- a).- Al demandado, la del auto que le confiere traslado de la demanda, y, en general, la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte;
- b).- La primera que se haga a los empleados públicos en su carácter de tales, y
- c).- La primera que se haga a terceros.

2º.- En estrados, oralmente, las de las audiencias que se dicten en las audiencias públicas. Se entenderán surtidos los efectos de estas notificaciones desde su pronunciamiento.

3º.- Por estados:

- a).- Las de autos interlocutorios y de sustanciación, cuando no se hubiere efectuado en estrados a las partes o a alguna de ellas.
- b).- Las del primer auto de sustanciación que se dicte en la segunda instancia y en casación, así como la del auto en que se cite a las partes para la primera audiencia de cualquier instancia. Es entendido que sólo estas providencias podrán dictarse fuera de audiencia.

Los estados se fijarán al día siguiente al del pronunciamiento del auto respectivo y permanecerán fijados un día, vencido el cual se entenderán surtidos sus efectos”.

Por otra parte, el inciso 2º del artículo 35 ibídem dispone:

“Cuando dichas entidades (de derecho público, nación, departamento o municipio, o los establecimientos o empresas oficiales) tengan que comparecer como demandadas, la demanda deberá notificarse al agente del ministerio público del lugar en donde se siga el juicio o al gobernador del departamento, en su caso, y, además, al gerente, administrador, director o jefe de obras respectivo, sin en el lugar ejerce sus funciones oficiales, para el efecto de que pueda contribuir a la defensa de la entidad, interviniendo en el juicio en la misma forma prevista en el inciso anterior”.

Consignado como está que ninguno de los autos que admitieron cada una de las demandas presentadas en los tres procesos laborales comentados fue notificado personalmente al agente del Ministerio Público ni al director de FONCOLPUERTOS y que a éste último se le tuvo por notificado por conducta concluyente, el a quo no podía llegar a conclusión distinta de señalar que el auto en que se adoptó esa determinación es prevaricador.

A la Sala tampoco le cabe duda de la ilegalidad de la providencia comentada; de una parte, porque ninguna gestión se había adelantado para cumplir lo dispuesto en los artículos 35 y 41 atrás citados, no obstante que el juez procesado sabía de antemano que el domicilio de la entidad oficial demandada es la ciudad de Bogotá, no sólo por ser de carácter nacional y porque eran muchos los procesos que contra ella adelantaba en su despacho, sino porque en los libelos demandatorios constaba esa circunstancia. Por otro lado, en ninguno de los tres expedientes se libró despacho comisorio para efectuar la notificación a la demandada, ni para citar al agente del Ministerio Público con el mismo propósito.

La figura de la notificación por conducta concluyente es una institución que no aparece regulada expresamente dentro del estatuto adjetivo laboral; se aplica, por remisión autorizada por el artículo 145 de la codificación citada, de conformidad con las disposiciones que la regulan en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 330 , inciso 1º establece:

“Notificación por conducta concluyente. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la menciona en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia”.(Destaca la Sala).

Bien se deduce que la notificación por conducta concluyente se consolida, si no es una audiencia o diligencia, cuando “la parte” presente un escrito con su firma; pero sucede que al momento de contestar las tres demandas, Limesdes Romero Ospino no tenía la representación judicial de FONCOLPUERTOS, como se dilucidará en el siguiente acápite, hasta el punto que en uno de los procesos (6582) el escrito de contestación de la demanda no está firmado por el abogado, ni a ella se anexaron los documentos de representación legal de la entidad.

En esas condiciones no fue “la parte” demandada la que presentó un escrito referido a la demanda, como para que se la tuviera por notificada del auto admisorio de la demanda; se trató de un procedimiento ilegal y no de la “torcida y equivocada concepción del instituto” de que habla el apelante, puesto que sin justificación alguna no se realizaron las notificaciones personales ordenadas por el procedimiento laboral para la entidad oficial demandada y para el Ministerio Público, como lo dedujo el a quo en el fallo materia de impugnación.

Por lo anterior, no disculpa la conducta ilegal del juez procesado el hecho de que

el abogado Limesdes Romero Ospino hubiera podido conocer el contenido de las demandas si no estaba actuando con un mandato proveniente del representante legal de la empresa demandada y si tampoco se había acreditado debidamente tal representación legal.

Por el contrario, que el abogado Romero Ospino accediera a las demandas, sin que existieran copias de ellas y sin poder válidamente otorgado, revela la proterva connivencia existente con el juez y con el abogado de la parte demandante.

Tampoco desnaturaliza la ilegalidad del proceder del operador judicial el hecho de que no se hubiera acreditado que Romero Ospino era el único abogado que representaba a FONCOLPUERTOS en los procesos que contra ella se adelantaban en el juzgado 8º laboral del circuito de Barranquilla, porque aún habiéndose establecido esa circunstancia, el profesional del derecho no podía ejercer un mandato en procesos en los cuales el representante legal de la entidad demandada no hubiera sido notificado personalmente y no hubiera otorgado poderes en concreto para cada una de las actuaciones.

C.- Intervención del apoderado de la demandada.

En la sentencia que ahora se revisa, se expresa que el abogado Limesdes Romero Ospino asumió la representación judicial de FONCOLPUERTOS para contestar las demandas en los procesos laborales 6582, 6584 y 6586 sin mandatos judiciales específicos, lo que se deduce de la confrontación de la fecha de presentación de cada escrito de contestación, que es anterior a la fecha en que aparece autenticada la firma del representante legal de aquella entidad oficial.

A ese respecto el recurrente aduce que el Tribunal apreció equivocadamente la explicación que el profesional suministró para esas circunstancias, según la cual, los poderes le fueron otorgados desde el comienzo de las actuaciones pero con errores en su nombre y en el segundo apellido de manera tal que se escribió Limides por

Limesdes y Ospina por Ospino, por ello cuando se enteró que no se le renovarían el contrato y los procesos ya tenían sentencias y mandamientos de pago ejecutoriados, pidió los expedientes y cambió los poderes sin autorización de nadie, pues los formatos le eran enviados sin el nombre de los demandantes; esa la razón por la cual exhiben fecha posterior a aquella en que contestó cada demanda.

Sobre tal supuesto, elaborado por él mismo, el defensor apelante deduce que, al contestar cada una de las demandas, el doctor Limesdes Romero Ospino sí era apoderado de FONCOLPUERTOS, dos de las cuales respondió el 24 de febrero de 1995 y la otra el 29 de marzo de 1995; agrega que uno de los contratos de servicios profesionales empezó a regir el 1º de febrero de 1995. Por tanto, prosigue afirmando que la actuación de Romero Ospino fue legal, válida y ajustada a derecho, de manera que, al contestar el libelo junto con el poder, operó la figura jurídica de la notificación por conducta concluyente.

Así mismo argumenta que el doctor Romero Ospino contestó alrededor de 25 demandas en los juzgados 3º, 6º y 8º laborales del Circuito de Barranquilla, con los poderes otorgados con el nombre errado, por ello no se le puede llamar intruso, como lo hizo el Tribunal, ya que en los años 1995 y 1996 era el único apoderado judicial de FONCOLPUERTOS en esos despachos; aspecto que no fue investigado por los instructores de este proceso.

Para el defensor que apela, la versión anterior del abogado Romero Ospino es una confesión y con ella se demuestra que cometió una irregularidad a espaldas del Juez 8º Laboral del Circuito y sus empleados, lo que ofrece la certeza o al menos la duda de que el procesado hubiera prevaricado cuando tuvo como notificada a la parte demandada por conducta concluyente.

En criterio del recurrente, no es cierto que sea obligatoria la notificación personal de una

demanda al demandado o a su representante legal porque de lo contrario no existiría la figura de la notificación por conducta concluyente.

Agrega que su mandante olvidó explicar que en cada seccional de la Empresa Puertos de Colombia existía una Oficina Jurídica Seccional cuyo director supervisaba las labores de los abogados de la entidad y en algunos casos actuaba él directamente sin poder escrito.

Intentando oponerse a las deducciones del Tribunal el recurrente asegura que los poderes que se enviaron a Barranquilla desde Bogotá ya tenían todo el texto escrito, salvo el nombre del juzgado, el del abogado de la empresa y el de los demandantes. Por lo demás opina que los errores en el nombre del apoderado no eran intrascendentes, dada la individualidad de las personas.

Observa la Sala que evidentemente, como lo dedujo el a quo, el abogado Limedes Romero Ospino asumió la vocería de FONCOLPUERTOS para contestar las demandas presentadas por Alfonso Tapias Salcedo, en los procesos ordinarios laborales 6582, 6584 y 6586 tramitadas en el juzgado 8º laboral del circuito de Barranquilla, sin tener la representación judicial para hacerlo.

Obsérvese que los poderes que se anexaron al expediente, uno fue otorgado el 9 de febrero de 1995 siendo que la respectiva demanda se introdujo al día siguiente 10 de febrero; por tanto, el director del Fondo no podía conferir un poder para un proceso que estaba en imposibilidad de conocer porque ni siquiera había llegado a los estrados judiciales. Otro, se otorgó un año después de haber sido contestada la demanda; y el último se confirió cuando hacía varios meses que se había producido esa primera intervención procesal del litigante. Luego, tales inconsistencias cronológicas arrojan una sola conclusión: que para la fecha en que Limedes Romero Ospino contestó cada demanda no contaba con el mandato judicial expreso y concreto otorgado por el

representante legal de FONCOLPUERTOS y, por consiguiente, el juez no podía derivar de esa conducta viciada la notificación del sujeto pasivo de la acción laboral, por conducta concluyente.

Con respecto a la disculpa que suministró el abogado Romero Ospino sobre las referidas inconsistencias cronológicas, consistente en un cambio de documentos efectuado por él sin autorización de ninguno de los servidores públicos del Juzgado 8º Laboral del Circuito, debido a que los poderes iniciales tenían mal escrito su nombre y el segundo apellido, no queda nada más que acoger lo expuesto por la instancia para concluir que tal explicación no se presenta siquiera como factible; primero, porque no tiene sentido que cuando ya los procesos estaban por terminar el litigante resolviera subsanar una inexactitud que sólo podía interesar a la empresa otorgante del poder, dado que desde el punto de vista judicial, ya se le había permitido intervenir, sin poner en duda su identidad, corroborada con su documento de identificación y su tarjeta profesional.

También es atinado el argumento del a quo que advierte cómo los poderes supuestamente nuevos exhiben fechas de épocas distintas, de agosto de 1995 y febrero de 1996, cuando el contrato de servicios profesionales de Romero Ospino concluyó en octubre de 1997, luego no pudo ser la inminencia de la finalización del convenio lo que lo llevó a sustituir los memoriales.

Por último, es inverosímil que los poderes iniciales adolecieran de errores de escritura, por cuanto fueron llenados a mano ya que se trata de formatos con espacios para llenar el despacho judicial al que van dirigidos, el nombre del demandante y el nombre del apoderado a quien se designa; y los que obran en los expedientes laborales vinculados a este proceso no son la excepción.

En esas condiciones es inaceptable la “confesión” que el apelante atribuye al profesional del derecho para sustentar una duda sobre la ilegalidad de la conducta asumida

por el funcionario procesado.

Que el abogado Limedes Romero Ospino hubiera firmado contratos de servicios profesionales con FONCOLPUERTOS y que por ello no estaba usurpando funciones, en nada modifica las conclusiones contenidas en la sentencia, pues el contrato suscrito no bastaba para ejercer el mandato ante cualquier despacho judicial, entre otras razones, porque como lo sostiene el Tribunal, no se trataba de un poder general, se trataba de un contrato de servicios profesionales que imponía el otorgamiento de poderes previos en cada asunto.

Tampoco se desdibuja la ilegalidad deducida por la primera instancia, sustentada en la intervención no autorizada de aquel litigante por el hecho de que hubiera sido asignado a atender todos los procesos que se tramitaran en el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, pues, de haber sido cierto, tal circunstancia no facultaba al abogado ni al Juez para obviar las exigencias impuestas por la ley o a asumirlas a su antojo, en detrimento de la garantía constitucional del debido proceso.

El argumento traído a última hora por el recurrente sobre la existencia de una oficina jurídica de FONCOLPUERTOS coordinadora de la actividad de los abogados al servicio de ella, por contrato, carece por completo de trascendencia, pues si dicho supervisor podía actuar sin poder específico, seguramente era porque su vinculación con la entidad estatal se había convenido en términos diferentes a los que regían la relación contractual de Romero Ospino. Pero además, ni el hecho está demostrado, ni la actividad del coordinador está relacionada con los hechos que fueron materia de juzgamiento en este proceso.

En conclusión, la Sala comparte con el Tribunal Superior de Barranquilla la afirmación de que Limedes Romero Ospino no intervino en los procesos laborales de la referencia en representación de FONCOLPUERTOS.

D.- Sentencias contrarias a derecho.

En este aparte, el apelante ataca los argumentos que sirvieron al Tribunal Superior de Barranquilla para imputar al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS el delito de prevaricato por acción, al dictar las sentencias en cada uno de los tres procesos ordinarios laborales, en el siguiente orden.

1.- Contradice en forma rotunda el reproche que el juez colectivo le formuló al procesado por haber sustentado cada sentencia en la convención colectiva de trabajo cuyos ejemplares no obraban en los expedientes; al efecto, asegura que sí estaban anexadas a los procesos, por varias razones: en el acápite de pruebas de cada demanda se afirma que se aporta un ejemplar; la directora de la Oficina Judicial declaró que en esa dependencia se revisa y constata que se encuentren aportadas las pruebas que se anuncian; la manifestación del juez al momento de fallar; la juez Isis Ballesteros, quien remplazó al procesado, debió aclarar sobre la refoliación de los expedientes en el momento en que fueron incautados por la Fiscalía; y la declaración de la nueva secretaria del Juzgado 8º Laboral del Circuito en cuanto afirma que existe un folder con numerosos folios extraviados de diversos procesos; todo lo cual lo conduce a afirmar que está demostrado que si los ejemplares de la convención colectiva de trabajo no aparecen anexados a los expedientes, es porque fueron mutilados.

Para la Sala es nítido que el argumento de la mutilación de los expedientes, carece de asidero, pues el texto mismo de cada demanda da fe de que no hacía parte de la documentación que con ella allegó, ya que, si bien el abogado demandante mencionó en el acápite de “pruebas” del libelo, que aportaba un ejemplar de la convención colectiva de trabajo, ella no aparece dentro de la lista de “anexos” de la demanda.

Por otra parte, no existe constancia alguna de la Oficina Judicial en donde supuestamente se entregó cada demanda con sus anexos, si estos fueron recibidos, o si no, pues los sellos

de recibo tampoco aclaran nada respecto de los que sí fueron adjuntados a las demandas y conforman la lista de “anexos”. De tal manera, la ausencia de constancia en uno u otro sentido, emitida por la Oficina Judicial, no está demostrando que los ejemplares de la convención colectiva de trabajo sí hacían parte de la documentación. Además, en los tres casos tantas veces mencionados, es dudoso que se dejara alguna observación respecto de los documentos recibidos, porque el trámite del reparto fue irregular, de manera que ni siquiera se sabe quién y en dónde los recibió y radicó.

Que al dictar el fallo el juez hubiera mencionado la convención colectiva de trabajo, es una incidencia que concurre en uno solo de los procesos, pues en los otros dos prescindió de tal comentario, lo que permite deducir que haber hecho referencia a la convención colectiva de trabajo o haberla omitido no demuestra ni que los respectivos ejemplares estaban dentro del expediente, ni que no estaban. Además el juez CUELLO ROJAS, en la indagatoria admitió que al menos en uno de los procesos, no contó con la publicación de la convención.

El hallazgo, en la secretaría del juzgado 8º laboral del circuito de Barranquilla, de un folder con numerosos folios o memoriales pertenecientes a diferentes procesos, sólo demuestra el desorden de esa oficina judicial, pero esa circunstancia no es idónea para demostrar que los ejemplares de la convención colectiva de trabajo se habían refundido puesto que no hacían parte de los documentos encontrados; agréguese que se afirma que el folder contiene “folios” no “folletos” como aquél que contiene la convención colectiva de trabajo de la Empresa Puertos de Colombia el cual consta de aproximadamente 130 hojas con pasta de color púrpura.

En cuanto a la refoliación de los expedientes, es una actividad que tampoco demuestra que estos hubieran sido mutilados, pues la diferencia de numeración era de algunas pocas hojas, en tanto que un ejemplar de la convención colectiva de trabajo, inclusive allegada a esta actuación por la defensa, tiene, como ya se dijo,

aproximadamente 130 folios, de manera que tampoco por este aspecto es posible admitir el argumento de la defensa para justificar que el acusado hubiera dictado las sentencias sin contar con la prueba del derecho alegado: la convención colectiva de trabajo.

Entonces, de lo que aparece demostrado en el proceso, la Sala sólo puede concluir con el a quo, que los ejemplares de la convención no hacían parte de las actuaciones judiciales en las cuales el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS profirió sendas sentencias, que, por ende, carecían de sustento probatorio, quedando así descartada la hipótesis del defensor.

2.- Aludiendo a la imputación que se dirigió contra el doctor CUELLO ROJAS por celebrar las audiencias de juzgamiento sin auto previo que las ordenara y sin notificar su realización a la parte demandada, el inconforme manifiesta que la notificación en estrados es un patrimonio exclusivo del derecho laboral, dado el principio de oralidad que informa su procedimiento, según el artículo 41, numeral 2 de la respectiva codificación, por tanto, argumenta que como el apoderado judicial de FONCOLPUERTOS asistió a la audiencia precedente, en la cual se fijó la fecha para la de juzgamiento, quedó inmediatamente notificado “en estrados” del día y la hora en que tendría lugar, por ello concluye que en esa situación no hay ninguna conducta prevaricadora.

En lo atinente a la actuación señalada por el impugnante, la Sala advierte que es verdad que para fijar las fechas de celebración de las audiencias de juzgamiento no se dictaron autos particulares, en razón a que tales determinaciones se adoptaron dentro de la audiencia de conciliación y primera de trámite de cada proceso; sin embargo eso no eximía al despacho de cumplir con las notificaciones por estado, porque, en contra de la aseveración del impugnante, se sabe que el abogado que supuestamente estaba representando a FONCOLPUERTOS no asistió a esa primera audiencia, luego no se había notificado en estrados, de manera que por disposición del artículo 41 del Código de

Procedimiento Laboral debía notificarse el proveído en estados. Entonces, haber realizado tales audiencias sin garantizar el debido proceso para la parte demandada, que según las constancias procesales nunca se enteró de cuándo se realizaría la audiencia de juzgamiento, tacha de ilegalidad la sentencia que en cada acto de esos se dictó.

3-. Habida cuenta que la sentencia atacada también fundamenta la estructuración del delito de prevaricato en que no se hubiera practicado la inspección judicial que solicitó la parte demandada, la cual se estimó necesaria en vista de que los documentos aportados no eran suficientes para probar el derecho del demandante, el impugnante replica el aserto judicial invocando el artículo 55 del Código de Procedimiento Laboral conforme al cual la inspección judicial solo se practica para aclarar hechos dudosos.

En su sentir, en los casos referidos no era posible pretender aclarar que el subsidio de transporte había sido incluido como factor salarial si las liquidaciones finales no lo demostraban. Además, para él, no era procedente pedirle al juez esa prueba dado que la parte demandada tenía en su poder los documentos demostrativos de las liquidaciones y del pago de las prestaciones sociales definitivas, y como prueba de ello bastaba una certificación del Director del Fondo o del Jefe de nóminas o del Pagador.

Añade que como la pretensión principal de las demandas era que se incluyera el valor equivalente al transporte prestado a los trabajadores, no había ningún otro documento diferente de la liquidación final de prestaciones sociales, plasmada en lo que la empresa denominaba “certificado de liquidación” o, en su defecto, en la resolución de reconocimiento de pensión de jubilación, que pudiera esgrimir la entidad demandada para demostrar que sí había dado cumplimiento al artículo 89 de la convención colectiva de trabajo. Por ello concluye que la diligencia de inspección judicial solicitada por el doctor Limedes Romero Ospino y decretada por el Juez CUELLO ROJAS, resultaba inocua porque el resultado era el mismo.

La Sala comparte el criterio de la instancia sobre la necesidad de decretar y practicar una inspección judicial en las instalaciones de la empresa “con exhibición de la hoja de vida del deprecante, con el objeto de verificar en ella todos los puntos materia de la controversia jurídica”, como que era el medio idóneo para demostrar las excepciones de “mal agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción de la acción”, que había propuesto la parte demanda, o al menos alguna de ellas.

La revisión de la historia laboral de cada demandante habría dejado en claro si en verdad la empresa había recibido la reclamación en que se solicitaba la inclusión del auxilio de transporte como factor salarial de liquidación de prestaciones sociales, cuál había sido el trámite que se le había impreso, si existían actos posteriores a la reclamación como liquidaciones adicionales o complementarias o resoluciones en las que se hubiera atendido tal demanda, es decir, se hubiera podido establecer si ya se había cumplido con los pagos demandados; si se había extinguido la acción para algunos de los demandantes, aclarando las fechas borrosas o inexistentes de algunos de los documentos allegados con las demandas, como en verdad ocurrió, según se verá más adelante; también se habría podido precisar quiénes tenían derecho al auxilio y quiénes eran titulares del derecho reclamado.

Por tanto, mal puede afirmar el impugnante que era inocuo decretar la inspección judicial solicitada por la parte demandada; que tampoco fue reclamada por ésta, pues el presunto apoderado de FONCOLPUERTOS no asistió a esa primera audiencia, y de esa manera no asumió la real defensa de los intereses de la empresa para lograr a través de los recursos de ley el decreto y práctica de dicha prueba. Se descubre entonces que nadie tenía interés en ella, ni el operador judicial ni los apoderados de las partes, porque de haberse realizado muy probablemente se habrían echado por tierra las desastrosas y delictuosas intenciones de los tres ciudadanos, en detrimento del patrimonio estatal.

Al funcionario procesado no le asistió razón alguna para no ordenar una prueba solicitada por una de las partes y ni siquiera se tomó la molestia de motivar su negativa a allegarla a la actuación correspondiente.

Así las cosas, el hecho de que el juez acusado no hubiera decretado la inspección judicial solicitada en el pliego de contestación de la demanda, es una conducta que integra el complejo ilegal que asumió el procesado y por el cual el Tribunal le endilgó el delito de prevaricato por acción.

4.- En razón de que el Tribunal afirmó que el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS dedujo pleno derecho legal o convencional para el reclamo que se debatía, sin que las pruebas condujeran a probar de manera cierta los derechos pretendidos, el apelante dice que el juez colectivo construyó un sofisma, desconociendo la estructura de la convención colectiva de trabajo, su valor como fuente del derecho y medio probatorio. En consecuencia trae citas jurisprudenciales que aluden al principio de favorabilidad en la aplicación de normas provenientes de la ley, reglamento, contrato, convención o laudo arbitral.

Al argumento del a quo sobre la hipótesis según la cual era posible que el derecho a la inclusión del subsidio de transporte como factor salarial no cobijara a todos los trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, el apelante responde que el parágrafo del artículo 89 de la convención dice que los diferentes factores salariales se deben tener en cuenta para todos los trabajadores sin excepción.

Entonces, expresa que es imposible construir un eventual delito de prevaricato atribuyéndole al juez laboral un error en la valoración probatoria, porque en procedimiento laboral opera el principio de la libre formación del convencimiento, basado en la sana crítica; por tanto atribuirle un error o falsa convicción es una indebida intromisión en su ámbito funcional.

En cuanto a que el medio de transporte está excluido como factor constitutivo de salario

conforme al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el abogado apelante disiente de lo expuesto por la Sala Penal del Tribunal, por cuanto esa codificación no se aplica a los trabajadores oficiales de la Empresa Puertos de Colombia y porque la convención colectiva de trabajo es ley para las partes que la suscribieron y el medio de transporte, salario en especie, convertido a dinero es lo que en la convención se denomina auxilio de transporte municipal e intermunicipal.

Rechaza que los investigadores y el juez plural digan que antes de condenarse al pago del auxilio de transporte debió probarse que los demandantes recibían dicho auxilio, puesto que las sentencias en ningún momento condenaron al pago del auxilio de transporte; lo que se hizo fue tomar las sumas fijas del último año de cada trabajador para incluirlas en el último promedio, como base de la liquidación de todas las prestaciones sociales.

En sentir del inconforme, el Tribunal no acertó y cometió una falacia al afirmar que el juez, en sus sentencias, tuvo como fundamento, además de la convención colectiva de trabajo, las liquidaciones de prestaciones sociales que la parte actora anexó a cada demanda respecto de cada ex trabajador, cuando por el contrario, las sentencias anotan que fue incorrecto que en ellas se sumara el valor del subsidio de transporte a las prestaciones sociales, cuando lo procedente era sumar el valor nominal del auxilio de transporte al promedio del último año de servicio para cancelar las prestaciones sociales.

Prosigue el defensor acusando al Tribunal de haber ignorado el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 sobre descongestión de despachos judiciales, cuando afirmó que el juez procesado, como fundamento de sus sentencias, había tenido en cuenta certificaciones o resoluciones en fotocopias sin autenticar. Al efecto transcribe apartes de la sentencia de casación de 8 de marzo de 1999, dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado José Roberto Herrera, en la cual se observa que en cuanto al valor probatorio de documentos aportados en copias, emanados de las partes, en principio se eliminó la ratificación o cotejo ejercidos por autoridades, y se

trasladó a las partes la facultad de aceptar o tachar su validez, haciendo salvedad respecto de los poderes otorgados a los representantes judiciales y a los documentos emanados de terceros.

De lo anterior concluye que las copias mecánicas de certificaciones y resoluciones, cuyos originales reposaban en los archivos de la Empresa Puertos de Colombia y luego en FONCOLPUERTOS, bastaban como medios idóneos de prueba.

Acto seguido cita otra providencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para explicar qué es la conciliación en materia laboral, pues considera que ni la fiscalía ni el Tribunal han querido entender su significado jurídico.

La Sala advierte, conforme a los postulados que se acaban de consignar, que el argumento medular sobre el cual el impugnante construye la inexistencia de los delitos contra la administración pública que se le atribuyeron al procesado con base en las sentencias que dictó en los tres procesos laborales, es el derecho indiscutible que, de acuerdo a la convención colectiva de trabajo, tenían los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia para demandar el reconocimiento del auxilio de transporte como factor salarial con el fin de ingresarlo al salario promedio del último año, que es la base para liquidar las prestaciones sociales, y por ende, a obtener la reliquidación de éstas; postulado que el Tribunal Superior puso en duda.

Para esta corporación es claro que este proceso penal no es el escenario propicio para asumir una revisión sobre el acierto o desacierto jurídico de las sentencias y mandamientos de pago emitidos por el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS en los procesos ordinarios laborales suficientemente nombrados en esta providencia, pero es ineludible hacer referencia a los elementos con los que contaba el funcionario procesado para decidir y confrontar esa situación con los parámetros legales.

En esos términos, se debe comenzar por analizar la viabilidad de la acción instaurada

y es aquí donde cobra importancia el tema del agotamiento de la vía gubernativa al cual se hizo referencia al iniciar la parte considerativa de este pronunciamiento, como que, constituye factor de competencia, un presupuesto procesal cuya ausencia llega a viciar de nulidad la actuación, según lo ha enseñado la jurisprudencia laboral y del cual dependía el derecho de cada extrabajador de la Empresa Puertos de Colombia a reclamar la inclusión del auxilio de transporte en el salario promedio base de la liquidación e sus prestaciones sociales.

Dada su entidad y trascendencia, la prueba del agotamiento de la vía gubernativa no se podía detener en la existencia de un memorial con un sello que dice "FONCOLPUERTO - RECIBIDO - BARRANQUILLA" y una fecha; era necesario corroborar un mínimo de verdad en la reclamación, esto es, que no se tratara de una apariencia de reclamación y que hubiera congruencia entre ésta y la demanda, so pena de no estar cumplida la vía gubernativa. Como lo afirmó la instancia, era necesario apoyarse en las pruebas allegadas para determinar si en verdad cada demandante tenía derecho a lo que reclamaba.

Se hace la anterior alusión porque, como lo advirtió el a quo, en el proceso 6582 el ex trabajador William de Jesús Arrieta Gómez formuló reclamación para que se le pagara el 35% del recargo nocturno, el 65% del recargo de operadores de equipo, los compensatorios, las cenas y los descansos. Luego, en este caso no se había agotado de la vía gubernativa respecto de la demanda formulada a nombre de dicho trabajador, pues para él también se solicitó la inclusión del subsidio de transporte como factor salarial dentro del último sueldo promedio, base de la liquidación de prestaciones, habiendo obtenido sentencia favorable sin el presupuesto procesal comentado. (folio 28).

Concurren otras situaciones en las cuales tampoco se agotó la vía gubernativa. Por ejemplo, en el mismo proceso 6582, el extrabajador Arturo González Osorio presentó una reclamación supuestamente recibida en el 17 de noviembre de 1994 pero sin la firma de

él ni de nadie más, por lo tanto, en ese caso no existe esa reclamación; lo que es sorprendente es que aparece otra reclamación, esta sí firmada por González Osorio, pero recibida en el 10 de abril de 1995, es decir, después de haber sido admitida la demanda, lo que hace evidente que para el momento en que se profirió el auto admisorio no había prueba del agotamiento de la vía gubernativa para este extrabajador (Fls. 21 y 22).

Memoriales de reclamación pero sin firma, tampoco eran idóneos como prueba del agotamiento de la vía gubernativa como se observa en los casos de Jorge Nieve Guzmán, Yolanda Martínez, Gabriel Rivera Calvo, Félix de la Rosa y José Luis Carmona. (a folios 177, 198, 207, 224 y 230)

Otra situación irregular que se advierte, también en el proceso 6582, es la del extrabajador Alfonso Fandiño García que anexa una resolución de reconocimiento de pensión especial proporcional dictada el 3 de agosto de 1993, pero la reclamación aparece recibida el 25 de mayo de 1993, es decir, antes de que existiera el acto administrativo, luego, no podía tratarse del agotamiento de la vía gubernativa respecto de esa actuación. (Fls. 36 y 40)

Algo similar se puede predicar respecto de Ernesto Urango Hoyos quien adjunta la reclamación presentada ante FONCOLPUERTOS el 25 de mayo de 1993, sin que para esa fecha se hubiera proferido el acto administrativo supuestamente recurrido, pues la fotocopia de la resolución que le reconoció la pensión de invalidez vitalicia, está fechada el 30 de diciembre de 1993, en donde además consta que el trabajador se desvinculó el 1º de junio de 1993; lo cual quiere decir que cuando formuló la reclamación ni siquiera existía el acto administrativo contra el cual tenía que agotar la vía gubernativa. Con todo, también fue beneficiario de la sentencia que condenó al Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia. (Fls 51, 53 y 54).

Igual sucedió con Amparo del Villar que, supuestamente, presentó la reclamación a FONCOLPUERTOS el 18 de mayo de 1993, pero la resolución que le reconoció la pensión especial proporcional vitalicia está fechada el 2 de septiembre de 1993, lo que significa que la reclamación no podía estar referida a ese acto administrativo y por ende, la vía gubernativa no se había agotado. No obstante, la señora del Villar, aparece como beneficiaria de la sentencia dictada en el proceso de la referencia. (fls. 111 y 113).

Además, como lo denunció la fiscalía de primera instancia, el agotamiento de la vía gubernativa tenía que ver con la prescripción de la acción, pues existe un término de (3) tres años para instaurarla, el cual se interrumpe con la reclamación formulada desde que la obligación se hace exigible y vuelve a correr por otros (3) años.

Ocurre que según la certificación aportada, la liquidación del extrabajador Víctor Barlis Ortiz se efectuó el día 15 de mayo de 1991, pero la reclamación la formuló el 18 de agosto de 1994, es decir tres (3) años y tres (3) meses después de proferido el acto administrativo, lo que quiere decir que en ese caso la acción estaba prescrita y el agotamiento de la vía gubernativa era inocua. Sin embargo, el señor Barlis Ortiz es beneficiario de la sentencia proferida en el proceso 6582. (fls. 76 y 78).

En iguales condiciones se encuentra la señora Marina Greco Rincón cuya liquidación se efectuó el 13 de noviembre de 1990 y la reclamación la presentó el 26 de octubre de 1994, o sea, casi cuatro (4) años después de dictado el auto administrativo que pedía corregir, por lo tanto también había prescrito esta acción y sin embargo dicha señora es beneficiaria de la sentencia condenatoria dictada contra .(Fls. 79 y 82)

De la misma forma, la acción laboral intentada por Carlos Peña Melo estaba prescrita cuando se introdujo la demanda porque su liquidación está fechada el 22 de septiembre de 1990 y la reclamación es del 11 de octubre de 1994, vale decir que la presentó cuatro años (4) después; a pesar de ello, el señor Peña Melo es beneficiario

de la condena a impartida por el Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla. (Fls. 132 y 134).

En el caso del señor William Arrieta, ya mencionado porque hizo la reclamación por un aspecto distinto al del subsidio de transporte, la acción estaba más que prescrita, pues su liquidación está fechada el 25 de noviembre de 1986 y la reclamación la presentó el 14 de julio de 1993, es decir, seis (6) años y ocho (8) meses después; luego no podía beneficiarse de la condena que en su favor dictó el Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla. (Fls. 28 y 30).

También se había extinguido la acción para Héctor García Altamar porque la liquidación de su cesantía se efectuó el 4 de octubre de 1989 y su reclamo aparece recibido por FONCOLPUERTOS el 25 de mayo de 1993, es decir que, transcurrieron 3 años y 7 meses desde que la administración de pronunció, sin que se acudiera a la vía gubernativa, luego el documento que se anexó al expediente no era válido como agotamiento de esa vía; por consiguiente, no podía resultar beneficiado de la condena impuesta a la entidad oficial tantas veces mencionada. (Fls. 61 y 63).

Casos más evidentes de no agotamiento de la vía gubernativa son los de Alberto Díaz Riquet, José Acuña Carmona y Erna Villaba, porque en ninguno de estos tres casos hay documento de reclamación para dar por agotada la vía gubernativa, pues en el primer caso, materialmente no aparece el escrito de reclamación; en los dos siguientes sí se anexaron, pero sin la constancia de recibido por parte de FONCOLPUERTOS; sin embargo son beneficiarios de la sentencia condenatoria dictada en el proceso laboral N° 6582. (Fls. 138 a 147; 213 a 217).

Situaciones más comprometedoras son aquellas en las que el derecho reclamado ya había sido reconocido, porque en las respectivas liquidaciones se había incluido el transporte como factor salarial en el cómputo del salario mensual base de liquidación,

como ocurre en los casos de Cesar Augusto Bolaño Blanco, Gloria Inés Sierra Lascarro, Alberto Emilio Díaz Riquet y Gabriel Rivera Calvo (Fls. 8, 34, 141, y 212).

El extrabajador Francisco Guette Macías otorgó un poder para demandar sin designar abogado y sin que abogado alguno aceptara el mandato. (Fl. 46).

Respecto del señor William Palencia no aparece poder en el expediente confiriendo su representación para presentar la demanda en donde aparece como actor. (Fls. 191 a 197).

Algunas irregularidades de otra índole se advierten en los otros dos procesos ordinarios laborales. En el radicado bajo el N° 6584, los poderes que obran a folios 10, 14, 18, 22, 26, 31, 36, 40, 44, 48, 53, 57, 61, 69, 73, 77, 81, 87, 92, 96, 103, 105, 111 y 115 fueron otorgados por los extrabajadores a la doctora Diana Margarita Gómez Llanos como apoderada principal y al doctor Alfonso Tapia (sic) como apoderado suplente; sin embargo, el Juzgado nunca le reconoció personería a la apoderada principal, pues en el auto admisorio de la demanda sólo se acoge al suplente como Procurador judicial de los demandantes como si fuera el principal y con él se tramitó el proceso.

El mandato que obra al folio 26, otorgado por Aldo Arias Celin, no aparece firmado por la doctora Gómez Llanos, en consecuencia no podía producir efectos de representación ni para ella que no dejó constancia escrita de la aceptación del poder, ni para el abogado Tapia que era su suplente.

Al señor Hernando de la Hoz Zambrano le fue reconocido el subsidio de transporte, según se observa en el expediente comentado, por lo que su pretensión era infundada. (Fl. 9).

En el proceso ordinario laboral N° 6586, también se encuentran trabajadores a quienes se había reconocido el auxilio de transporte y su valor se había integrado como factor salarial

para fijar el sueldo promedio base de la liquidación de prestaciones sociales; es el caso de Orlando Rodríguez, Parmenio Pacheco, Mario Polo Pulido, Humberto Medina, Arno Ospino Navarro Sofanor Tejada Leiva, Néstor Triviño Medina, Eduardo Rodríguez y Miriam Sánchez Bello (Fls. 43, 52, 56, 61, 65, 109, 130, 154 y 164).

Ahora bien, desde el punto de vista sustantivo, tanto el Tribunal como el abogado apelante abordan otro tema esencial en el pronunciamiento que habría de hacer el juez en cada proceso, respecto del derecho que asistía a cada extrabajador, es el relacionado con la invocación del artículo 89 de la convención colectiva de trabajo, pues se observa que ese documento se suscribió el 9 de agosto de 1991 y su vigencia se inició en esa fecha, la de su firma y se prolongó, al menos inicialmente, hasta el 31 de diciembre de 1993, “a excepción de los artículos que tienen incidencia salarial y prestacional, cuya retroactividad será a partir del 1º de enero de 1991”, según puede leerse en su artículo 9º. (Fl. 116 vuelto, C. O. 3, Tribunal).

Eso significa que la inclusión del subsidio de transporte, como factor salarial para establecer el sueldo promedio base de la liquidación de prestaciones, parte de la convención colectiva de trabajo y por ello sólo se podía reconocer a los trabajadores que hubieran prestado sus servicios del 1º de enero de 1991 en adelante, lo que de hecho excluía a todos aquellos cuyas liquidaciones se expidieron con anterioridad a esa fecha, porque no estaban amparados por la citada convención colectiva de trabajo, como ocurrió con William Arrieta, Marina Greco Rincón, Carlos Peña Melo y José Acuña Carmona, demandantes en el proceso 6582. Con Judith Díaz Serrano, Eustorgio Barlis Ortiz, Luz Marina Barza, Rafael Torres, Jairo Palencia Cerra, Vladimiro Pantoja y Héctor Maury Argüello, demandantes del proceso 6584. En igual situación se encontraban Cristina Alfaro Guzmán Osiris Sabrino Varona, Arno Ospino Navarro y Jacqueline Donado, demandantes en el proceso 6586.

Esa serie de anomalías anotadas ponen de manifiesto que no todos los demandantes

tenían derechos claros e indiscutibles, como lo pregona el apelante, porque la vía gubernativa no se había agotado, lo que si bien no impidió admitir las demandas si se erigía en obstáculo para que el Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla dictara sentencia favorable a esos trabajadores, como tampoco podía hacerlo respecto de quienes había operado la prescripción y de quienes ya habían obtenido que se le reconociera el auxilio de transporte como factor salarial. Por ello, acierta el Tribunal al afirmar que cada una de las sentencias es manifiestamente contraria a la ley.

Que no se disculpe la conducta del procesado bajo la excusa de que no podía adoptar decisiones oficiosas porque en este caso no tenía esa limitación ya que, quien actuó como representante de la parte demandada postuló las excepciones que le habrían permitido emitir providencias ajustadas a derecho, esto es, la nulidad por incompetencia por no agotamiento de la vía gubernativa, la prescripción de la acción y cobro de lo no debido, aspectos que hubiera logrado establecer probatoriamente a través de la inspección judicial solicitada, que sin motivación alguna dejó de decretar y practicar, lo que hace evidente que su intención no era administrar recta justicia.

Ahora viene el impugnante a suministrar argumentos que conduzcan a sostener que la convención colectiva de trabajo que rigió de 1991 a 1993 era aplicable a todos los extrabajadores demandantes de la Empresa Puertos de Colombia, cuando, precisamente, es asunto que el juez debió dilucidar dentro de cada proceso, debió ser objeto de debate de las partes, después de superar los presupuestos procesales; pero, obviamente la discusión no se dio porque los dos litigantes y el servidor público no estaban interesados en ocuparse de dilucidar derechos particulares, sino en defraudar al Estado.

En esas condiciones, la Sala no puede más que concluir que la ilegalidad de la conducta del doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS quedó plasmada en cada una de las sentencias en las que reconoció a extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, sin competencia por ausencia de un presupuesto procesal y sin prueba de que

todos los favorecidos con ellas en verdad tuvieran ese derecho, fuera porque respecto de él no se hubiera agotado la vía gubernativa, porque la acción había prescrito o porque no estaba cobijado por la convención colectiva de trabajo. Luego, se observa acertada la conclusión del Tribunal cuando afirma que las sentencias se profirieron sin que en todos los casos las pruebas demostraran el derecho reclamado.

E-. Otros argumentos del apelante.

Manifiesta el inconforme que la fiscalía y el Tribunal ignoraron y dejaron de lado el verdadero sentido de la investigación penal cual era establecer si los pagos mediante bonos de deuda pública TES habían sido ilegales. Deduce la presunta ilegalidad de tres situaciones: la primera, que los demandantes no fueran trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia; la segunda, que fueran trabajadores pero el auxilio de transporte les hubiera sido tomado como factor integrante del último sueldo promedio mensual; y la tercera, que fueran trabajadores pero sin derecho al auxilio de transporte. Descarta la primera y la última porque la condición de trabajadores de los demandantes nunca fue discutida y por el contrario, sí aceptada en las conciliaciones.

La Sala no puede darle trascendencia alguna al cuestionamiento que formula el impugnante sobre la supuesta equivocación de los investigadores que debían enderezar su actividad solo a establecer si los pagos con títulos de Tesorería TES eran ilegales, por cuanto, justamente al indagar por su origen, se encontró que la base de los pagos efectuados a Alfonso Tapias Salcedo se encontraba en las sentencias proferidas por el acusado en los procesos ordinarios laborales números 6582, 6584 y 6586 .

En lo referente a las hipótesis de ilegalidad que plantea el recurrente, a la Sala le basta recordarle que, según se demostró en este proceso, a algunos de los ex trabajadores demandantes sí se les había reconocido el auxilio de transporte como factor salarial y el derecho a reclamarlo no fue establecido en todos los casos, por ello se dedujo la ilegalidad

de la conducta del juez procesado.

Prosigue el recurrente afirmando que el Tribunal ignoró la jurisprudencia laboral existente sobre los derechos convencionales y su prueba, de acuerdo con la cual, el reconocimiento de prestaciones convencionales acredita la calidad de beneficiario de la convención. Y en el caso de los demandantes, todos gozaban de beneficios convencionales porque la liquidación final de sus prestaciones sociales incluyó factores extralegales derivados de la convención.

Para esta corporación, la precedente censura que el apelante dirige contra el Tribunal resulta totalmente inadecuada e inoportuna porque no fue el sentenciador de primer grado el que tuvo a su cargo definir cuáles extrabajadores estaban amparados por la convención colectiva de trabajo; la tesis del Tribunal se redujo a sostener que no se estableció si todos los demandantes tenían derecho a reclamar los beneficios de la convención, que fue uno de los aspectos que debiendo ser objeto del debate procesal en los asuntos laborales, no se dio, porque el juez no atendió a la parte demandada decretando pruebas que establecieran si se estaba reclamando el pago de lo no debido, como rezaba la contestación de la demanda.

También afirma el inconforme que el derecho reclamado estaba demostrado en el documento en que constaba la liquidación final de las prestaciones sociales o en la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación, que describen el último salario promedio mensual con todos sus factores salariales, de manera que el trabajador reclamante solo podía adjuntar copias de tales documentos porque los originales reposan en la respectiva entidad; por ello, las sentencias dictadas en los procesos 6582, 6584 y 6586 están revestidas de total legalidad, y no es posible predicar la comisión de delito alguno.

A la anterior postulación la Sala responde que si bien los ex trabajadores de la Empresa

Puertos de Colombia anexaron a las respectivas demandas certificaciones de liquidación o resoluciones de liquidación de prestaciones sociales, ello no bastaba para concluir que en algunos casos y con fundamento en la reclamación administrativa formulada, se hubieran producido liquidaciones posteriores en las que se hubiera reconocido el derecho reclamado; por tanto, tampoco es admisible el argumento sobre la suficiencia de los documentos de liquidación allegados al proceso como prueba de la titularidad del derecho exigido.

En concepto de la Sala, no sobra recordar que otro elemento concurrió a estructurar el múltiple delito de prevaricato por acción, atribuido al doctor CUELLO ROJAS tomado en consideración por el a quo, que consistió en que sin existir demanda ejecutiva de por medio, o siquiera una solicitud de la parte demandante, el Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla optó por librar mandamiento de pago en cada uno de los tres procesos, en forma oficiosa, sin que tampoco en esta oportunidad se ocupara de garantizar el debido proceso, como que simplemente se constituyó en audiencia, sin citación de las partes, y libró el mandamiento de pago que no se le había reclamado.

En definitiva, para la Sala es forzoso concluir que las sentencias condenatorias dictadas contra FONCOLPUERTOS y los respectivos mandamientos de pago son ilegales, luego, no hay duda de que siendo el procesado su autor, es responsable de un concurso de tres (3) delitos de prevaricato por acción que le atribuyó el sentenciador de primera instancia.

II.- El delito de estafa.

Aduce el impugnante que esta imputación la creó la Fiscalía Delegada ante la Corte al modificar el delito de peculado por apropiación por el del estafa, sobre la base de que cada uno de los procesos laborales tramitados por el doctor CUELLO ROJAS, como Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, constituyeron una farsa, que son la mise en

scène del comportamiento, que las actuaciones judiciales fueron el medio engañoso lo suficientemente idóneo para inducir en error al Fondo Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia, en aras de obtener un provecho ilícito, en perjuicio de dicha entidad. Por ello, intenta demostrar que las providencias dictadas por el Juez 8º Laboral del Circuito no fueron las causantes directas de las conciliaciones y de las órdenes de pago, como lo afirma el Tribunal Superior de Barranquilla.

Al efecto, manifiesta que las órdenes del juez no tuvieron alcance vinculante para influenciar los pagos que se hicieron a los extrabajadores de FONCOLPUERTOS, por tres razones: porque las conciliaciones fueron actos plurilaterales entre extrabajadores y personas naturales o jurídicas distintas a quienes supuestamente se dirigían los efectos de las providencias judiciales; porque los representantes del Fondo no autorizaron o pagaron con base en esas decisiones y porque el Fondo no pagó dinero alguno y no sufrió condicionamiento derivado de las decisiones judiciales.

Para respaldar su aserto acude a la siguiente normatividad: Ley 1ª de 1991 que dispuso la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia; Decreto 036 de 1992 que creó el Fondo de Pasivo Social de dicha empresa en liquidación; Artículo 5º del anterior decreto, que establece la conformación de la Junta Directiva con los Ministros de Transporte, Hacienda y Trabajo, un representante de las asociaciones de pensionados y otro del Presidente de la República; Literal k) del artículo 6º del mismo decreto, que confiere a la Junta la función de autorizar al representante legal la cancelación de pasivos; Ley 344 de 1996, artículo 29, que otorga al Ministerio de hacienda la facultad de reconocer las sentencias y conciliaciones judiciales como deuda pública y efectuar compensaciones con las obligaciones que resulten a favor del Tesoro Nacional, por parte de los beneficiarios de las decisiones judiciales; Decreto Reglamentario 2126 de 1997, artículos 1º y 5º, que trata sobre el aviso que se debe dar a la Subdirección de la DIAN sobre el cumplimiento de sentencias y conciliaciones judiciales; el reconocimiento de éstas como deuda pública y su pago mediante la emisión de bonos, previa oferta al

beneficiario; Circular Externa N° 007 de 1997 del Ministerio de Hacienda que consagra el procedimiento para reconocer y pagar las sentencias y conciliaciones judiciales como deuda pública.

A partir de esa normatividad, el recurrente asegura que el reconocimiento de una deuda laboral como deuda pública no se basa en una sentencia judicial sino en el acto administrativo emitido por FONCOLPUERTOS que admite la existencia y legalidad de la reclamación laboral; determinación sobre la cual se pronuncia enseguida el Ministerio de Hacienda y luego, el titular de esa Cartera emite una resolución convirtiendo la acreencia prestacional en deuda pública y ordenando su pago en bonos de deuda pública o TES a cinco (5) años. De todo ello concluye que si se hubiera declarado la ilegalidad de las reclamaciones prestacionales contenidas en las sentencias y mandamientos de pago proferidos por el Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, el Ministerio de Hacienda ni siquiera habría tenido que pronunciarse ni ordenar su pago.

Destaca que la suma de \$36.948'500.000 que el Ministerio de Hacienda ordenó pagar en bonos TES clase B conforme a la resolución 0949 del 28 de abril de 1998, no corresponde en su totalidad a los valores señalados en las sentencias y mandamientos de pago proferidos por el Juez 8º Laboral del Circuito a favor de Fernando Cárdenas Cañaveral y otros, Hernán de la Hoz Zambrano y otros e Inés Carbonell y otros, puesto que también incluye a otras personas. Igualmente explica que la suma de \$2.782'100.000 pagados al abogado Alfonso Tapias incluyó intereses comerciales y moratorios no reconocidos en las sentencias y mandamientos de pago sino en las tres actas de conciliación realizadas ante el Inspector Octavo del Trabajo de la ciudad de Bogotá.

Con tales argumentos y asegurando que como los pagos no los hizo FONCOLPUERTOS sino un ente diferente, como resultado de acuerdos de voluntad de personas naturales que actuaron colegiadamente, el apelante pretende haber dejado en claro que “la cadena

secuencial de causas y efectos quedó truncada hasta el momento de la expedición de los autos y sentencias producidos por el juez, pues estas decisiones nunca produjeron o condicionaron modificaciones jurídicas con efecto a terceros”.

En su opinión, los autos y sentencias emitidos por el acusado no tuvieron alcance jurídico real frente a las posteriores e independientes decisiones de las personas que de una u otra forma dispusieron el desembolso de dineros, no de FONCOLPUERTOS sino de la Nación y el factible daño o consecuencia jurídica se la atribuye a persona o entidad que está por fuera de la cadena secuencial.

Así concluye que los elementos estructurantes del delito de estafa no aparecen probados en las actuaciones del procesado, y sus autos o sentencias no pudieron constituir medios idóneos para defraudar, porque fueron decisiones tomadas en ejercicio de la ley, con fundamento en documentos cuya originalidad no era responsabilidad del juez.

Ante el planteamiento que presenta el recurrente alusivo a los elementos constitutivos del delito de estafa, la Sala se ve inhibida para resolver de fondo este aspecto de la impugnación, como quiera que advierte un vicio que afecta la estructura del proceso, como es el relacionado con la calificación jurídica de la conducta que ha sido adecuada a ese tipo penal; defecto que si bien no fue advertido por el Tribunal de instancia no puede mantenerse en razón a que la Sala también le incumbe la obligación de velar por la legalidad del proceso.

La conducta realizada por el doctor CUELLO ROJAS adecuada al tipo penal de la estafa por la Fiscalía de segunda instancia, es suficientemente conocida en este pronunciamiento; en síntesis se trata de la tramitación ilegal de tres (3) procesos ordinarios laborales con los cuales, a través de las respectivas sentencias y mandamientos de pago, se crearon sendos títulos ejecutivos con los cuales se le cobró a la Nación

(FONCOLPUERTOS – Ministerio de Hacienda) varias sumas que en total desbordaron los SEIS MIL MILLONES DE PESOS (\$6.000'000.000); en esas condiciones el instructor concluyó que el bien jurídico lesionado era el del patrimonio económico.

Sin embargo, advertido como está que el objeto material de la conducta lo constituye el erario público, en la medida en que para cancelar las sumas cobradas, debieron ser reconocidas como deuda pública y pagadas mediante Títulos de Tesorería TES, clase B, ello conduce a la Sala a reflexionar que el bien jurídico ofendido, bien puede ser el de la administración pública, que contempla diversas modalidades delictivas estructuradas a partir de atentados contra el patrimonio del Estado, por lo que resulta ineludible confrontar tales hechos con la descripción del delito de peculado por apropiación, que por la época de su consumación sancionaba el artículo 19 de la ley 190 de 1995, en los siguientes términos:

“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 fondos 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 e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

“Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2 a las tres cuartas (3/4) partes.

“Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)”.

La apropiación de dineros estatales en beneficio de terceros, para este caso los ex trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y su apoderado judicial, no ofrece

dificultad alguna; lo que no ocurre con la vinculación que el Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla tenía con tales dineros. En atención a que el instructor concluyó que el procesado no ostentaba disponibilidad jurídica sobre ellos, con el fin de lograr la necesaria claridad sobre el punto, conveniente resulta recordar algunos pronunciamientos de la Sala que ilustran el concepto.

En sentencia de casación proferida en la radicación 8729, el 4 de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, se leen las siguientes citas:

” La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice “en razón de sus funciones”, hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”. (Sentencia de 3 de agosto de 1976).

“Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejerce”. (Sentencia de septiembre 8 de 1981. M.P. Dr. Fabio Calderón Botero)¹

En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos. Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación (FONCOLPUERTOS – Ministerio de Hacienda y Crédito Público), pasaron al patrimonio de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y del abogado que los representó, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio.

En esas condiciones, la competencia funcional del Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, la cual le permitía resolver los conflictos laborales entre el Estado y los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, le confirieron la disponibilidad jurídica de las sumas cobradas por prestaciones laborales a la Nación en los casos a que se refiere este proceso, por manera que, la apropiación de tales bienes a favor de terceros, se consumó por razón de las funciones oficiales que cumplía el

procesado, de donde se debe concluir que la extracción de dineros de la Nación no estructuró el delito de estafa sino el de peculado por apropiación.

Por ello, se impone concluir que la presente actuación se encuentra viciada de nulidad por error en la denominación jurídica de la conducta asumida por el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS que fue calificada por el ente acusador como estafa.

En consecuencia, para subsanar el vicio se decretará la nulidad parcial de la actuación a partir, inclusive, de las resoluciones que cerraron parcialmente la investigación, para que se reponga toda la actuación. Para esos efectos se compulsará copia de toda la actuación y se remitirá a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá con el fin de que la instrucción sea calificada nuevamente, en cuanto a esta específica conducta, atendiendo la relación que el juez procesado tenía con los dineros del Estado. .(Fls. 241 y 242 C.O 3 Fiscalía)

III.- La dosificación punitiva

En este tema, en gracia de discusión, el impugnante admite el supuesto del Tribunal, esto es, la existencia de una empresa criminal con identidad de propósitos, distribución de funciones y pluralidad de sujetos, en donde en el procesado “se anidaba un designio criminal único de defraudar al Estado” mediante los prevaricatos cometidos en concurso homogéneo, que aparecen como conductas medios, y la consumación de estafas agravadas por la cuantía, también ejecutadas en concurso homogéneo, habiéndose presentado un concurso heterogéneo entre aquellos y éstas.

Entonces, manifiesta su extrañeza por el hecho de que al efectuar la dosificación punitiva del prevaricato por acción, el Tribunal, sin argumento alguno, hubiera partido de dos (2) años de prisión, cuando el mínimo es de uno (1); y que hubiera escindido los procesos laborales, dándole a cada uno de ellos una entidad autónoma de delito de prevaricato, para luego efectuar la suma aritmética de penas.

Similar crítica le formula al sentenciador colegiado en cuanto a la dosificación punitiva realizada respecto del delito de estafa, porque a pesar de que el mínimo de la pena privativa de la libertad es de un (1) año y que la agravante por la cuantía permitía aumentarlo de la tercera parte a la mitad, sin explicación, tomó como base la pena de cuatro (4) años, luego de lo cual aplicó el numeral 1º del artículo 372; habiendo repetido el procedimiento por cada uno de los procesos laborales tramitados y finalizó aplicando las normas del concurso, las cuales le permitían aumentar la pena más breve hasta en otro tanto, sin “superar la suma aritmética de seis (6) hechos punibles”.

Tal proceder, en opinión del apelante, es ilegal, porque el Tribunal pretermitió los artículos 61 y 67 del Código Penal (anterior); desbordó el marco legal punitivo establecido para el concurso de hechos punibles; y sin justificación, no partió de los mínimos. Además, manifiesta su inconformidad porque la sentencia deduce agravantes genéricas no contenidas en la resolución acusatoria como la complicidad con otros, la comisión del hecho para ejecutar otros y la posición distinguida del procesado en la sociedad, cuando la condición de juez es consustancial a la estructura del tipo básico.

La Sala debe rechazar la tacha de ilegalidad que el recurrente formula contra la sentencia de primera instancia, basada en la no aplicación de los artículos 61 y 67 del Código Penal (derogado), pues, por el contrario, si justamente el a quo no partió del tope mínimo de las penas impuestas para los delitos de prevaricato por acción y estafa agravada, es porque ejerció las facultades consagradas en tales disposiciones, sin desbordar los límites mínimo o máximo establecidos para cada conducta delictual, y teniendo en cuenta “la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente”, además de el número de hechos punibles en el concurso.

Dentro de tales parámetros, no se puede soslayar que la conducta reviste una gravedad inusitada, como que un servidor público y específicamente alguien asignado a la tarea de

decidir e imponer lo que es recto, justo y equitativo, puso al servicio de una causa delictiva esa investidura y la función ejercida a través de ella, en detrimento del patrimonio del Estado, en cuantías absolutamente exorbitantes, utilizando al efecto los mecanismos puestos por el legislador al servicio de los ciudadanos para que hagan valer sus derechos; agréguese que son tres los delitos de prevaricato realizados por el procesado; luego, esas son razones suficientes para no partir de la pena mínima.

En lo relacionado con el tema del concurso de delitos, pero prescindiendo de las consecuencias punitivas derivadas de la conducta denominada como estafa por razón de la nulidad parcial que será decretada, resulta relevante concretar cuántas conductas punibles de prevaricato por acción cometió el sentenciado, lo que indudablemente redundará en el quantum de la pena a imponer, pues en desarrollo de esta providencia se ha consignado que en cada proceso ordinario laboral, asumió una conducta ilícita que se manifestó en diversos momentos, como quedó demostrado. La primera parte se concretó en la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, que se consolidó con varios actos; la no notificación personal del representante del Ministerio Público ni del representante legal de FONCOLPUERTOS; la permisión de que un abogado, sin poder específico para ello representara a la demandada y la declaratoria de notificación por conducta concluyente. La segunda parte está conformada por la expedición de las providencias que crearon judicialmente la obligación económica a cargo de la entidad estatal con la consiguiente orden de pago, las cuales constan en las sentencias y mandamientos de pago en cada juicio ordinario.

En la secuencia de ese proceder se infringieron las disposiciones de procedimiento laboral citadas en la sentencia, sin embargo, no hay lugar para deducir un delito de prevaricato por cada norma transgredida, por cuanto se advierte que hacen parte de un contexto de acción más amplio, encaminado a crear ilícitamente un título ejecutivo a cargo de un ente oficial, con el consiguiente poder coactivo: el de la ejecución, de tal manera que el contexto se circunscribe al proceso en sí, pues, como se vio, resultó ser

una apariencia de proceso en donde ni el representante de la entidad oficial demandada ni el representante de la sociedad pudieron hacer presencia real para defender los intereses económicos de la nación.

Aquí, el pronunciamiento ilegal se concreta cuando en la decisión judicial se crea una obligación a cargo del patrimonio estatal, sin que a ese proceso hubieran concurrido los presupuestos adjetivos y sustanciales que las leyes de procedimiento han previsto para un resultado de esa índole.

De esa manera, cada irregularidad, cada ilicitud recorrida en la dinámica establecida con el propósito de elaborar un proceso que le diera sustento formal a la determinación perseguida, está integrada a una sola acción prevaricadora.

Como sustento a la tesis de la unidad de acción conviene recordar el siguiente pronunciamiento que la Sala ha emitido sobre la materia:

“ Si el fenómeno se aborda desde la perspectiva finalista, claro se debe tener que su fundamento óntico no está implicando ni sinónimo de impunidad ni un deslinde dogmático que conlleve a un desconocimiento de la normatividad positiva, pues de ser este el enfoque que pretenda dársele, necesariamente habría que colegir su absoluto rechazo siquiera para ser considerada su filosofía como sustento de una de las formas de concebir el derecho penal y específicamente, la teoría del delito. El problema es diverso, es el de recuperar respecto de la acción su real contenido, que no es otro que la voluntad para oponerlo a la voluntariedad propia de la concepción causal de la conducta, y si para ello se parte de lo óntico, no se puede olvidar que es precisamente el reconocimiento de la acción como una de las estructuras lógico objetivas, a las cuales recurrió Welzel para que el sistema penal contara con un “sistema de conceptos puros supratemporales”, esto es, en contra de un sistema temporal perecedero, lo que hace que se acepte una determinada estructura de la acción, de conformidad con la cual la

fijación en el individuo del fin que pretende alcanzar exige, además del conocimiento causal normal, la ya referida elección de medios, de los idóneos para lograr ese propósito y así acto seguido, previo conocimiento, igualmente, de las circunstancias concomitantes a su actuar (base para solucionar la problemática del dolo eventual), exteriorizar la acción interna y traspasar a la externa, en la que se cumple el fin propuesto dirigido por la voluntad.

“ Esta estructura, aplicable tanto a las acciones lícitas como ilícitas, ya en punto de las prohibidas (no creadas por el legislador, sino vedadas por éste), impone el claro deslinde de las cadenas finales, es decir, establecer cuándo subsisten diversas acciones finales y cuando se trata de una sola, y respecto de esta labor, si bien el factor temporal y demás circunstancias que rodeen el actuar pueden ser útil ayuda para ello, es el análisis integral de la acción la que lo determina, pues el fin debe corresponder no únicamente al objetivo propuesto sino que éste, para lograrse, debe haber empleado los medios necesarios para su obtención, siendo posible que sean diversos los fines que pretenda lograrse en un momento dado.

“ Entonces, impera cuestionarse si para la consumación de la conducta concusionaria era imprescindible la falsificación documental de que aquí se trata y posteriormente para ocultar el delito o buscar su impunidad, engañar a la justicia?. Es claro que no. Pero, es que, además, el establecimiento de esos medios debe verse de acuerdo a la acción prohibida, es decir, que con base en la conducta elevada a la categoría de delito por el legislador, es ella la que debe valorarse para que sea con esa fuente que se determine si fue la que su autor quiso realizar y realizó y qué medios empleó para lograrlo, o para ser más precisos, en lo que atañe al presente caso, se impone partir de la acción prohibida típicamente para inferir en su respecto cuál fue su desarrollo interno y externo, sin que sea posible a motu proprio adicionarle otras que, tanto temporal como espacialmente, no aparecen como medios de la primera y por el contrario, surgen como correspondiente a otra finalidad, pues en tales eventos, si esas conductas también se encuentran

típicamente prohibidas, imprescindiblemente corresponderán a una tipicidad autónoma”. (Sent., nov. 15/00. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Rad. 14.815)

Dentro del anterior marco conceptual se puede interrogar si para llegar a esa final determinación ilegal, las sentencias, eran necesarias las transgresiones individuales anteriores, los autos ilegales, y la respuesta es rotundamente afirmativa, pues obviamente la intervención del Ministerio Público y el ejercicio de una defensa real de los intereses oficiales por un apoderado leal, habrían impedido que el proceso finalizara con la decisión que persiguieron los dos litigantes y el juez sentenciado.

Bien se puede afirmar entonces, que las transgresiones precedentes a la sentencia no tenían una finalidad propia; se constituyeron en medio idóneo para llegar al estadio procesal que formalmente permitía tomar la decisión ilegal, pensada desde que se inició el proceso.

En ese orden de ideas, el mandamiento de pago, también precedido de transgresiones al debido proceso y al derecho de defensa de la entidad demandada, se constituyó en el complemento de la sentencia prevaricadora; de manera que al estar vinculada a ella por su finalidad, no da lugar a la estructuración de un delito separado.

Diferente es la situación que se presenta frente a los tres procesos laborales ordinarios tramitados por el juez LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, los cuales no se pueden reunir en una sola conducta para hablar de un sólo delito, como lo pretende el impugnante que protesta por la atribución al procesado de tres infracciones contra la administración pública, pues en cada ocasión el sentenciado tuvo que realizar en forma separada un recorrido delictivo similar, habiendo conseguido la finalidad perseguida, consistente en otra sentencia con el respectivo mandamiento de pago, lo que significó que cometió un delito de prevaricato por cada proceso que adelantó.

Dilucidada la pluralidad de conductas punibles constitutivas de prevaricato por acción en

número de tres (3), como se anunció, la Sala procederá a revisar la dosificación punitiva aplicada por la instancia, pero únicamente en lo relacionado con el concurso delictual homogéneo estructurado con las infracciones contra la administración pública.

Aquí la Sala observa que el Tribunal erró en seleccionar la norma sancionatoria del prevaricato por acción, pues tomó la pena que establecía el artículo 149 del Decreto 100/80, siendo que los actos prevaricadores, es decir, las sentencias condenatorias con los correspondientes mandamientos de pago, se profirieron el 17 y 28 de julio y el 4 de agosto del año de 1995, es decir, con posterioridad al 6 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 190.

De conformidad con la aclaración precedente, el delito contra la administración pública del cual es responsable el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS como Juez 8º Laboral del Circuito de Barranquilla, se sancionará teniendo como referencia los extremos punitivos señalados en el artículo 28 de la mencionada ley 190/95, norma de prevalente aplicación por virtud del principio de legalidad que para la mayoría de la Sala irrumpe como presupuesto de la prohibición de la reforma peyorativa.

Para establecer si hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad por el tránsito de legislación, adviértase que la pena privativa de la libertad señalada para el delito de prevaricato en la ley 599/00, actualmente vigente, es igual a la de la legislación anterior, vale decir, es de tres (3) a ocho (8) años de prisión; la de multa se incrementó en el máximo, de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y la ahora denominada inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas está limitada en el mínimo y en el máximo de cinco (5) a ocho (8) años, respectivamente. Por tanto, de la ley actual, se adoptarán aquellas preceptivas que resulten más favorables al condenado.

El instituto del concurso de conductas punibles tiene una regulación igual tanto en

las normas 26, 27 y 28 del Decreto 100/80, como en la número 31 de la Ley 599/00. De acuerdo a ellas, en los casos de concurso delictual se aplica la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto, sin que supere la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles.

Con esas directrices, al aplicar el incremento de “hasta en otro tanto” por razón del concurso, se concluye que el tope máximo para imponer la pena privativa de la libertad que corresponde al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS como autor de tres (3) delitos de prevaricato, no puede superar los dieciséis (16) años de prisión ni coincidir con la suma aritmética de la pena que pudiere imponerse por cada hecho punible. Y la multa no puede exceder de una suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes

En relación con las circunstancias modificadoras de la dosificación punitiva, la Sala advierte que el Tribunal tomó en consideración la atenuante del numeral 1 del artículo 64 del Código Penal anterior, es decir, la buena conducta anterior; y, las agravantes de pena que consagraban los numerales 7, 11 y 12 del artículo 66 el mismo estatuto, esto es, obrar con la complicidad de otro, la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio; y, haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro; agravantes que según el impugnante no hacían parte de la acusación.

La Sala tiene que decir que tal aseveración de la defensa no es cierta pues en la resolución que confirmó la acusación se lee:

“En primer lugar debemos advertir que los procesos laborales objeto de investigación indudablemente constituyen una farsa para la administración de justicia, como quiera que con ellos simplemente se pretendió simular el adelantamiento de un juicio, aunque materialmente se trataba de una connivencia entre los abogados demandante y

demandado y el juez laboral”.

“Son tantas y tan marcadas las irregularidades, que los elementos de juicio allegados al plenario y las propias actuaciones indican que los procesos obedecen a una empresa, plenamente concebida y premeditada, entre el Juez y los apoderados de las partes, con clara vocación de permanencia y división de trabajo”.(Destaca la Sala).

Así mismo, ha sido un presupuesto demostrado en el proceso que la condición del condenado en la sociedad era de privilegio, por cuanto ella había puesto en sus manos la misión de dispensar justicia. Igualmente, desde la acusación, se dedujo contra el acusado responsabilidad por otro delito, consumado a partir de las decisiones prevaricadoras que adoptó.

Lo anterior indica que los supuestos de hecho en que consisten las circunstancias genéricas que agravan la pena, no surgieron en la sentencia; entonces, la defensa no tiene motivos para predicar que ha sido sorprendida con su aparición, y ello resulta suficiente para que puedan ser aplicadas en la sentencia, porque es facultad del juez deducir agravantes genéricas, cuya nominación no se haya especificado en la acusación, siempre que la narración de los hechos o las consideraciones recojan inequívocamente el supuesto de hecho que configura la agravante.²

Sin embargo, se observa que la circunstancia que consiste en “haber cometido el hecho para ejecutar otro” desapareció de la legislación, por lo que esta agravante será descontada del total de las penas que se impongan al acusado.

Conforme a lo expuesto, siguiendo los factores que tuvo en cuenta el Tribunal al dosificar la pena, se tiene que, de conformidad con el artículo 61 del Decreto 100/80 y por las circunstancias ya descritas, relacionadas con la trascendencia negativa de la conducta, la utilización de los mecanismos procesales, la condición de juez, el monto defraudado a la Nación, no permiten partir de la pena mínima para el prevaricato por

acción que es de tres(3) años de prisión la pena privativa de la libertad y multa de equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en consecuencia, se partirá, para la pena restrictiva de la libertad de cuatro (4) años, a los cuales se les restará cuatro (4) meses por la circunstancia atenuante de la punibilidad y se les incrementará ocho (8) meses por las dos agravantes, para un primer total de cuatro (4) años y cuatro (4) meses de prisión; término que, por razón del concurso, se incrementará hasta siete (7) años de prisión, habida consideración que se trata de tres (3) delitos contra la administración pública.

Ahora bien, dado que mientras se surtía el recurso que hoy se resuelve entró a regir la nueva legislación penal, se hace necesario constatar si es más favorable aplicar la más reciente, en virtud del principio de favorabilidad.

En esas condiciones, si el proceso de dosimetría penal se verificara de conformidad con el mecanismo establecido por la ley 599 de 2000, partiendo de la pena privativa de la libertad para el delito de prevaricato por acción, los ámbitos de movilidad punitiva quedarían así:

1º cuarto :	36 meses	a	51 meses
2º cuarto:	51 meses 1 día	a	66 meses
3º cuarto:	66 meses 1 día	a	81 meses
4º cuarto:	81 meses 1 día	a	96 meses

Como en este caso concurre una circunstancia de atenuación y dos de agravación, la movilidad se reduciría a los dos cuartos del medio, por lo que la pena privativa de la libertad podría fluctuar entre cincuenta y un (51) meses y un (1) día y ochenta y un (81) meses, incrementados ambos topes hasta en otro tanto, por razón del concurso, lo que

dejaría los límites punitivos entre ciento dos (102) y ciento sesenta y dos (162) meses de prisión. De manera que, dada la modalidad como se consumó la conducta a punir y las características del sentenciado, la dosificación punitiva por éste método le resultaría desfavorable.

Para tasar la multa, tampoco se parte del mínimo, sino de ciento treinta (130) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a los cuales se les disminuye diez (10) por la atenuante y se les aumenta veinte (20) por las dos agravantes, diez (10) por cada una, lo que da un subtotal de ciento cuarenta (140) e incrementada hasta ciento ochenta (180) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año de 1997, por razón del concurso.

Finalmente, la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, aneja al delito contra la administración pública, por ser más favorable, debe limitarse al tope establecido en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 para el delito de prevaricato, es decir al lapso de ocho (8) años.

Por último, a la manifestación del recurrente según la cual a su representado se le dedujo simultáneamente la agravante de su posición distinguida siendo que ella hace parte de la estructura del tipo básico, la Sala responde, que, con criterio de la mayoría, ha dilucidado que en estos casos no hay una doble imputación, por cuanto, dentro de los servidores públicos existe una amplia gama, en la cual destacan por su papel nuclear y sustentador del estado de derecho, los jueces, por lo que el abuso de la función o del cargo en estos funcionarios acarrea mayor detrimento a la sociedad, de manera que, está perfectamente deslindada la condición subjetiva que hace parte de la tipicidad, de la ubicación que en determinado momento ostenta el ciudadano dentro de su ámbito de convivencia.³

Conforme a las razones expuestas en desarrollo de esta providencia, no se accederá a

la pretensión de la defensa consistente en que se revoque la sentencia condenatoria dictada contra el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, la cual, será confirmada en lo relacionado con el delito contra la administración pública, con las modificaciones relacionadas con la normatividad aplicable al delito de prevaricato y con la dosificación punitiva. En lo que atañe con el delito de estafa el proceso será anulado parcialmente para que se reponga la actuación a fin de ajustar la adecuación típica de la conducta, según se dejó explicado en el cuerpo de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º.- DECRETAR la nulidad parcial del proceso, a partir de los autos de cierre de la investigación, inclusive, en todo lo relacionado con el delito de estafa, por las razones consignadas en la anterior motivación.

2º.- ORDENAR la compulsación de copias de toda la actuación con destino a la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, que fungió como instructor, para lo de su cargo.

3º.- REDOSIFICAR las penas a imponer al doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS como autor de tres delitos de prevaricato por acción contemplado en el artículo 28 de la ley 190 de 1995, dejándolas en definitiva en siete (7) años de prisión, multa equivalente a ciento ochenta (180) salarios mínimos legales mensuales vigentes para 1997 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de ocho (8) años.

4º.- CONFIRMAR, el fallo de primera instancia en las restantes determinaciones que fueron objeto de impugnación.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
GÓMEZ GALLEGO

JORGE ANÍBAL

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento parcial de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 En sentido similar: Sentencia, octubre 2/97, rad. 11.657. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia noviembre 12/97, rad. 9887. M.P. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia , noviembre 3/98, rad. 10.778, M.P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll .

2 Cas. 9756, junio 7/98. M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda. Cas. 10.868, abril /01. M.P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. Cas. 14.459 marzo 7/02, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. Cas. 15.911, Junio 13/02. M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.

3 Sentencia, noviembre 21/90, M.P. Guillermo Duque Ruiz. Sentencia, junio 2/99, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia, julio 9/02. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote,

rad.15.454.