

Proceso No. 38.963

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado: acta No. 029-

Bogotá, D. C., seis (6) de febrero de dos mil trece (2013)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 13 de diciembre de 2011, la Sala Penal de descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga declaró autor penalmente responsable al doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de Juez 1 Laboral del Circuito de Buenaventura, del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Igualmente, lo absolvió respecto de la conducta investigada a instancias del proceso laboral adelantado por Aristides Valenzuela Payán.

La Sala resuelve el recurso de apelación propuesto por el procesado.

I. ANTECEDENTES

Hechos y actuación procesal.

1. Ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, a cargo del doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de juez, se tramitaron los procesos laborales instaurados por los señores Pablo Julián Ocoro Hernández¹, Arístides Valenzuela Payan² y Pablo Paz Montaña³, contra el antiguo Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en adelante, Foncolpuertos, por cuyo medio les fueron reconocidas y canceladas una serie de acreencias laborales a las que no tenían derecho, sentencias que no fueron apeladas por Foncolpuertos.

Las actuaciones no se remitieron al superior para surtir el grado jurisdiccional de consulta, por lo que se archivaron y algunas de las sumas de dinero ordenadas comenzaron a cancelarse por el fondo.

2. El Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 524 del 21 de junio de 1999, dispuso desarchivar los expedientes con el propósito de surtir el grado jurisdiccional de consulta ante las Salas de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá autoridad que revocó la totalidad de las sentencias, y en su lugar, absolvió a Foncolpuertos de las pretensiones invocadas.

3. El 19 de febrero de 2004⁴ la Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, ordenó la apertura formal de instrucción en contra de Harold Gamboa Velásquez, como presunto autor del delito de prevaricato por acción y cualquier otro contra la administración pública, en concurso homogéneo y sucesivo⁵.

4. El 27 de agosto de 2004, se le declaró persona ausente y se le designó defensor de oficio⁶.

5. El 20 de noviembre de 2006 se resolvió situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva. En la misma decisión, se precluyó la investigación por los punibles de prevaricato por acción, ante la prescripción de la acción penal y se le negó la libertad provisional⁷.

6. El 28 de septiembre de 20078 la Fiscalía calificó el mérito del sumario en la modalidad de resolución de acusación en contra de Gamboa Velásquez, como presunto autor de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros.

7. El 13 de diciembre de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, profirió sentencia en su contra. Le impuso 76 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, multa de \$66.590.000, perjuicios materiales por valor de \$66.590.000 y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. En la misma decisión lo absolvió por razón de la conducta investigada a instancias del proceso laboral adelantado por Aristides Valenzuela Payán

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En criterio de la Sala Penal de descongestión del Tribunal Superior de Buga se reunieron las exigencias para condenar al doctor GAMBOA VELÁZQUEZ por los cargos formulados como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo derivado de las sentencias proferidas a favor de Pablo Julián Ocoro Hernández y Pablo Paz Montaña, en tanto que se le absuelve por razón de la conducta que se le investiga en relación con Arístides Valenzuela Payan. Sus argumentos se pueden sintetizar así:

La absolución en el proceso adelantado por Arístides Valenzuela Payan.

El Tribunal destacó que a pesar de que en el trámite laboral adelantado por Valenzuela Payan, el procesado profirió sentencia el 14 de agosto de 1996 en la que condenó a la entidad estatal a cancelar la suma de \$235.381.92 por concepto de reliquidación de cesantías y \$12.015.65 como indemnización por cada día de retardo en el pago total de la obligación a partir del 2 de marzo de 1991, no se probó al interior del proceso, que dicha condena se hubiere materializado, con lo cual no se puede acreditar que los

dineros hayan sido cancelados a favor del actor o cualquier otra persona, y por tanto frente a esta conducta se impone su absolución.

Los procesos restantes⁹.

1. En criterio de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga, se reunieron los presupuestos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar al doctor Gamboa Velásquez, como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por virtud del detrimento patrimonial que sufrieron los bienes estatales ante la disponibilidad jurídica que tuvo de los mismos el ex juez acusado cuando profirió las decisiones dentro de los procesos laborales seguidos a instancias de las demandas presentadas por Pablo Julián Ocoro Hernández y Pablo Paz Montaña, que le reportaron un menoscabo del patrimonio estatal así:

i) Para Pablo Julián Ocoro Hernández¹⁰, \$46.521.65 por concepto de reliquidación de cesantías definitivas; \$ 16.379.27 por cada día de retardo en el pago total de la cesantía adeudada a partir del 28 de febrero de 1992 y hasta que se verifique el pago total de la obligación; \$8.141.400 por agencias en derecho, por lo que concluyó que conforme a la prueba documental allegada se logró establecer que como consecuencia de esta sentencia se canceló la suma de \$5.490.000¹¹.

ii) Respecto a Para Pablo Paz Montaña¹² ordenó reajustar la mesada pensional en \$350.169.01, cancelar la suma de \$102.935.75 por concepto de indemnización hasta que se verifique el pago total de la obligación; \$4.774.757.09 por concepto de pensión reajustada; \$886.220.74 por reliquidación definitiva de cesantías, \$17.801.28 por indemnización moratoria, contados desde el 1 de marzo de 1992 hasta que se verifique el pago total de las cesantías, y \$10.627.415 por agencias en derecho. Indicó que con Resolución 1502 del 19 de junio de 1998 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de TES D.C.V No. 138-00-2-001074-1 de SERFINCO, dispuso la cancelación

de \$61.100.00013, a favor del ex trabajador.

2. El A quo destacó la contrariedad de las decisiones con el ordenamiento jurídico, pues el ex funcionario manipuló los procesos ordinarios laborales para favorecer a terceros y a sus apoderados judiciales tomando decisiones arbitrarias y sin ningún sustento jurídico, pues a pesar de los insalvables defectos sustanciales que tenían las demandas laborales, el juez acusado “ordenó de manera caprichosa, amañada e indebida el pago de jugosas sumas de dineros públicos¹⁴”, sin que aquellas contaran con una clara causa petendi y cuando además de ello, se mostraban improcedentes.

3. Relevó el juez plural que aunque el ex funcionario no ejercía directamente la administración y custodia de las sumas que ordenó pagar, su condición de juez laboral lo hizo entrar en relación directa con los dineros de Foncolpuertos, asunto que le permitió emitir las decisiones dirigidas a disponer del patrimonio de tal entidad y las órdenes para que se pagaran sumas de dinero derivadas de la providencia cuestionada, lo que constituye el delito de peculado por apropiación, pues como consecuencia directa de aquella, se entregaron los dineros que salieron de las arcas oficiales.

4. El juicio de responsabilidad se acredita con los distintos elementos de prueba allegados a las diligencias en donde se establece claramente que los fallos no fueron producto de diferencias de criterios o posturas interpretativas del derecho laboral, sino de su conducta mal intencionada e ilegal, al reconocer prestaciones huérfanas de sustento fáctico, probatorio y jurídico.

5. Además de lo anterior, consideró el A quo que concurrieron graves indicios de responsabilidad en contra del acusado, tales como el de presencia, oportunidad y capacidad para delinquir pues aprovechando su condición de juez laboral tomó decisiones contrarias a la ley; proceder con el que igual contrarió ostensiblemente los principios que orientan la función jurisdiccional, como son la responsabilidad, eficacia,

transparencia, lealtad, imparcialidad, independencia, buena fe y solvencia moral, afectando así el funcionamiento de la administración de justicia y haciendo tabla rasa de la confianza pública en el depositada, sin que se vislumbre en su favor la presencia de alguna de las causales de ausencia de responsabilidad.

III. LA IMPUGNACIÓN

A cargo del procesado:

i) La prescripción de la acción penal.

a) Aunque el Tribunal indicó que por razón del fallo laboral proferido el 31 de enero de 1995 que favoreció los intereses de Pedro Julián Ocoro Hernández, le fue cancelada la suma de \$5.490.000, desconoció que para el año 1995, los 50 salarios mínimos legales vigentes ascendían a la suma de \$ 5.946.650, de manera que atendiendo la cuantía debió dar aplicación al inciso segundo del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 2005¹⁵

, esto es, reconociendo la atenuación punitiva consagrada en aquella norma. En estas condiciones, y en atención a lo probado, la conducta constitutiva de peculado por apropiación en favor de terceros por ser atenuada prescribía en la instrucción en un lapso máximo de 10 años, motivo por el cual este comportamiento prescribió antes de que se emitiera la resolución de acusación.

ii. La consulta

a) Puertos de Colombia era una empresa comercial del Estado y el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, un establecimiento público, luego entonces, frente a estos no operaba la obligación de agotar el grado jurisdiccional de consulta, en consecuencia, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura al ordenar el desarchivo

de todos los procesos fallados en contra de Foncolpuertos, en cumplimiento a lo ordenado en la sentencia SU 962 de 1999 de la Corte Constitucional, quebrantó el debido proceso pues aquél sólo resultaba obligatorio para el caso concreto.

b) En tales condiciones, los tribunales que conocieron del grado jurisdiccional de consulta, carecían de competencia territorial, pues el Consejo Superior de la Judicatura no podía habilitarlos para tomar decisiones en esos trámites, ya que ni la Carta Política ni la Ley Estatutaria, lo facultan para modificar la competencia territorial.

iii) Análisis probatorio

a) Luego de realizar extensas transcripciones de la jurisprudencia de esta Corporación y de decisiones de algunos Tribunales, sostiene que en relación con la demanda laboral de Pablo Julián Ocoro Hernández la parte demandada no demostró la causal que justificaba la liquidación de cesantías por un tiempo menor al pretendido, por tanto, se invirtió la carga de la prueba, y correspondía a la demandada acreditarlo; como no lo hizo, habilitó el reconocimiento de la indemnización por mora, lo que permite concluir que los pagos ordenados se encontraban ajustados a derecho.

b) En relación con Pablo Paz Montaña, considera que la decisión es equivocada por cuanto al revisar con detenimiento la sentencia que fue proferida en el proceso ordinario laboral, en ninguno de sus apartes aparece que se haya ordenado pagar las sumas de dineros a que se hace referencia en la sentencia, por tanto, se trata de pretensiones y valores totalmente diferentes.

iv) La atipicidad de las conductas

a) El Tribunal concluyó que las conductas investigadas se ejecutaron con dolo teniendo como sustento las decisiones que revocaron las sentencias proferidas en el Juzgado Laboral, desconociendo que el análisis exigido era sobre un asunto de puro derecho, por tanto no se

realizó ningún pronunciamiento de fondo en torno a las pretensiones invocadas a lo largo del diligenciamiento, pues se dio por demostrada la ilegalidad de las decisiones con fundamento en lo sostenido por una Sala de descongestión laboral que actuó sin competencia, vulnerando con ello el debido proceso.

b) Asegura el acusado recurrente, que resulta equivocada la tesis adoptada por el A quo, al considerar que la disponibilidad jurídica de los bienes oficiales que tiene todo juez lo convierte en administrador de los mismos y, por tanto, le permite su apropiación.

En su criterio, este análisis no resulta aplicable a los operadores judiciales, pues precisamente las condenas hacen parte de una decisión judicial que se profiere por administrar justicia. En tal sentido, si aquella es contraria a la ley y la sanción penal por este comportamiento se tipifica como prevaricato, el peculado por apropiación en estos eventos deviene en una conducta atípica.

c) Finalmente, advierte, que el 12 de marzo de 2002 fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito, sin que exista “prueba alguna que demostrara su conexión con algún otro delito contra la Administración Pública”, por lo que concluye que el peculado no se quedó en la impunidad y que una nueva condena por idéntica conducta violaría el principio del *non bis in idem*.

CONSIDERACIONES

1. La competencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a desatar el recurso de apelación conforme a lo reglado por los artículos 75.3 y 76.2 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, por tratarse de una decisión proferida en primera instancia por la Sala de Descongestión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en un proceso adelantado contra un ex Juez de la República, por conductas

realizadas en ejercicio de sus funciones.

Con expresa observancia de los principios de limitación y no reforma en peor, contenidos en los artículos 31 de la Carta Política y 204 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Sala se detendrá en los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados.

2. La acusación.

La imputación fáctica.

La Fiscalía General de la Nación, en resolución de acusación así los refirió:

“las conductas que se atribuyen a este, en las presentes sumarias, se remiten a la precisión de haber el citado en su condición de Juez primero Laboral del Circuito de Buenaventura, emitido providencias opuestas a la legalidad, mismas que determinaron pago indebido en favor de terceros de dineros respecto de los cuales tenía el deber de custodia y además administración jurídica por razón de sus funciones, con lo cual causó detrimento al patrimonio del Estado; específicamente a los bienes del Fondo de Liquidación de pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia.¹⁶”

La imputación jurídica.

En estricta correspondencia, acusó al doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, tras advertir que:

“Con todo el ejercicio analítico inductivo que se viene realizando en este punto, impone deducir que las conductas aquí endilgadas al señor Juez GAMBOA VELASQUEZ también encajan en la abstracta descripción del reato de peculado por apropiación que consiste

en la sustracción por parte de servidor público, 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 custodia o tenencia, se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones¹⁷.”

3. Cuestión previa

I) En principio, la Sala estima necesario destacar que el delito por el cual se profirió la sentencia objeto de impugnación fue por peculado por apropiación en favor de terceros, reseña que se torna necesaria al advertir la innecesaria mención que en algunos apartes del recurso realiza de la conducta prevaricadora, cuando lo cierto es que aquella por virtud de la declaratoria de prescripción de la acción penal no compromete el estudio de la Sala. Con ese entendimiento, la Sala abordara el recurso.

II) Como la Corte advierte que, dentro de los múltiples planteamientos elevados por el acusado, dos de ellos apuntan a la cesación de procedimiento, se ha de ocupar la Sala en emitir una respuesta sobre los mismos.

3.1. De la prescripción de la acción penal en el proceso adelantado por Pablo Julián Ocoro Hernández

I) De acuerdo con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, en la fase de investigación la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena establecida en la ley, pero en ningún caso en un término inferior a cinco (5) años. En el juicio el tiempo se contabiliza a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación por un tiempo igual a la mitad del establecido para la fase de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años.

II) En relación con el delito de peculado por apropiación, el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 (norma que regía para la época de los hechos), establecía una pena de

seis (6) a quince (15) años de prisión; sin embargo cuando el valor de lo apropiado no supere los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, la sanción se reduce de la mitad a las tres cuartas partes, por tanto la pena oscila entre cuatro (4) años y seis (6) meses a siete (7) años y seis (6) meses de prisión.

III) En estas condiciones, los delitos de peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales, cometidos en vigencia del Código Penal de 1980 prescriben en la fase de investigación en siete (7) años y seis (6) meses, contados a partir de su comisión.

IV) Ahora bien, cuando la conducta es cometida por servidores públicos el término prescriptivo se incrementa en la tercera parte, es decir, en dos (2) años y seis (6) meses, para un total de diez (10) años.

V) En este evento, en relación con el proceso laboral adelantado por Pablo Julián Ocoro Hernández, ante el Juzgado Primero Laboral de Buenaventura, con sentencia del 31 de enero de 1995 el doctor Harold Gamboa Velásquez, en su condición de titular del despacho le reconoció las sumas de \$46.521.65 por concepto de reliquidación de cesantías definitivas, \$16.379.27 por cada día de retardo en el pago total de la cesantía adeudada a partir del 28 de febrero de 1992 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, así como \$8.141.400 por agencias en derecho, sin embargo de la prueba documental aportada tan solo se acreditó la entrega de \$5.490.00018, luego a esa suma asciende el valor de lo apropiado.

VI) De conformidad con el Decreto 2872 de 1994, el salario mínimo legal mensual para 1995 era de \$118.933.50, de manera que cincuenta (50) salarios equivalían a la suma de \$5.946.675.00; en estas condiciones, si la sentencia laboral objeto de escrutinio penal fue proferida el 31 de enero de 1995 y la resolución de acusación data del 28 de septiembre de 2007, resulta evidente que el término de prescripción en la fase de investigación fue

superado, lo que imponía en su momento declarar la preclusión de la investigación, por lo que le resulta forzoso a la Corte declarar la prescripción de la acción derivada de aquella conducta y en consecuencia, la cesación de procedimiento por la misma, como con acierto lo demandó el recurrente.

Consecuencia de lo anterior determinación se debe excluir de la dosificación punitiva establecida en el fallo y de la tasación de perjuicios materiales las sanciones impuestas al procesado con ocasión de este delito cuya acción prescribió en fase de investigación, lo cual se determinará una vez se realice el estudio acerca de la otra conducta investigada¹⁹.

3.2. Vulneración al principio del *non bis in idem*.

I) Frente a este puntual aspecto, la Sala anuncia que su argumentación se ofrece totalmente equivocada, ya que el enriquecimiento ilícito y el peculado por apropiación están dirigidos a sancionar aspectos diferentes del accionar delictivo, con mayor razón cuando el peculado por apropiación a favor de terceros no envuelve ninguna consecuencia jurídica originada en que tal actividad haya beneficiado económicamente al ex Juez como para que se pueda afirmar que se trata de una doble punición respecto del mismo comportamiento.

II) En la conducta peculadora se sanciona al ex Juez Gamboa Velásquez por haber puesto en manos de terceros -ex trabajadores de Foncolpuertos- de manera injustificada, dineros pertenecientes al erario público; en tanto, que con la actuación adelantada por el punible de enriquecimiento ilícito, que finalizó el 12 de marzo de 2002 con el proferimiento de sentencia condenatoria, se le declaró responsable por el incremento patrimonial injustificado; tesis que reafirma lo ya anunciado, esto es, que se sancionan conductas punibles diversas que entrañan la afectación de bienes jurídicos independientes, cada una con elementos propios que imposibilitan predicar la vulneración alegada, por lo que

este reparo se presenta infundado.

4. Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros

4.1. Sobre el aspecto objetivo del delito, necesario es señalar, que es considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso cuya descripción típica tiene la siguiente estructura básica:

- i) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, aspecto que no ofrece ningún tipo de controversia, y,
- ii) Que se abuse del cargo o de la función apropiándose o permitiendo que otro lo haga 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 tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

4.2. Para la Corte, en estricta armonía con lo señalado por el Tribunal, el acusado, en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito, desarrolló actos de disposición jurídica sobre dineros públicos en el trámite de un proceso sometido a su jurisdicción, que le implicó adoptar decisiones dirigidas a disponer de los recursos estatales; o, lo que es lo mismo: el entonces juez, valiéndose de su condición de servidor público y de manera ilegal puso en las arcas de un tercero dineros del Estado; éste ha sido el pacífico pensamiento de la Sala sobre la materia:

“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 ex trabajadores 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.”²⁰.

Ahora bien, el desmedro del erario público fue plenamente establecido en el proceso al aportarse la relación del dinero que por mandato expreso del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, cuyo titular para la época de los hechos era el funcionario acusado, quien producto de su sentencia facilitó el pago de \$61.100.000²¹.

4.3. Y tan abruptas e ilegales se ofrecieron la ordenes impartidas, que el área del Sistema Nacional de Pagos del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Superior de Descongestión de Bogotá²², dispuso el desmonte del reajuste y el reintegro de las sumas concedidas por el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Buenaventura.

4.4. Por ello y frente a este panorama importa destacar que la conducta realizada por el acusado estuvo destinada a la apropiación de dineros públicos a favor de terceros y con tal fin, aprovechando su poder de disposición jurídica sobre aquellos, profirió la decisión contraria a la ley, que permitió el desfalco estatal.

Todo ello demuestra que su responsabilidad no radica en la apropiación para sí de dineros públicos, pues de haberse acreditado tal circunstancia se mudaría la calificación de peculado en provecho de terceros a peculado en provecho propio, que no fue la

conducta delictiva por la que se le acusó.

4.5. Y es que, oportuno es recordar, que fue justamente por el conocimiento que otras autoridades judiciales de mayor jerarquía tuvieron de la sentencia de primera instancia proferida por el juez acusado, que se puso en evidencia la ilegalidad de la providencia producto de la cual ingresó sistemáticamente al patrimonio de un tercero, dineros del Estado, que lo enriquecieron de manera injustificada por carencia de causa.

4.6. También ha de dejar sentado la Sala, que la tesis planteada por el acusado recurrente en cuanto a que el grado jurisdiccional de consulta sólo estaba determinado para las condenas contra la Nación, los departamentos o los municipios, encontrándose excluidas las entidades descentralizadas como Foncolpuertos, es un debate inane que ya la Corporación abordó y frente al cual concluyó²³:

“Sobre el particular, conviene precisar que la consulta de las sentencias laborales proferidas por el doctor HÁROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, se dispuso con fundamento en una interpretación razonable surtida en torno a las normas reguladoras de la materia. En ése sentido se estimó que, como al tenor del artículo 69 del Código de Procedimiento laboral, dicho grado jurisdiccional opera, entre otros casos, cuando las sentencias de primera instancia fueren adversas a la Nación, tal situación se presentaba frente a la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA porque el artículo 35 de la Ley 1ª de 1991 ordenó la asunción por parte de la Nación de los pasivos de la mencionada entidad oficial.

Además, el procedimiento del Consejo Superior de la Judicatura al dar vía libre al grado jurisdiccional de consulta compagina con el criterio sentado ulteriormente por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-962 del primero de diciembre de 1999, en cuya parte motiva, sobre lo pertinente preciso:

“Ante tan claras disposiciones, a juicio de la Corte no hay ninguna duda acerca de la obligatoria aplicación del artículo 69 del C.P.L. y, por ende, de la forzosa tramitación de la

consulta de las sentencias de primera instancia que sean total o parcialmente adversas a FONCOLPUERTOS, toda vez que el pago de las acreencias reconocidas estaría a cargo de la Nación, responsable directa de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de COLPUERTOS y de FONCOLPUERTOS, según lo dispusieron en particular, la Ley 1ª de 1991, el Decreto-Ley 036 de 1992 y el decreto Ley 1689 de 1997”.

4.7. De manera que, al conservar plena vigencia estas consideraciones, ningún sustento tiene la inconformidad del actor sobre la improcedencia de la consulta frente a las sentencias proferidas en contra de Foncolpuertos, y, además insustancial, una nueva discusión frente a tal punto.

4.8. La legitimidad del grado jurisdiccional de consulta, el deber de precisión y claridad en la determinación de las pretensiones, así como la obligación del demandante de probar lo que se demanda²⁴, son obligaciones de contenido legal que deben respetar los funcionarios judiciales al momento de emitir un fallo, sin que resulte de recibo plantear una interpretación distinta de la ley, para dotar de legalidad sus actuaciones cuando fungió como juez, debate jurídico que además ya se definió en la instancia laboral.

4.9. El hallazgo de tal conjunto de irregularidades, cometidas todas por el procesado Harold Gamboa Velásquez, en perjuicio de la Nación – Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, son constitutivos de ese *modus operandi* que permitió la masiva defraudación a los bienes estatales, cuando los ex trabajadores portuarios o sus familias, a través de distintas demandas, se hicieron a ilegales reconocimientos de prestaciones sociales con la participación, entre otros, de funcionarios judiciales que hicieron caso omiso de la ostensible improcedencia de sus pretensiones.

4.10. En conclusión, la Sala encuentra satisfechos los elementos objetivos que estructuran esta conducta penal pues i) la condición de servidor público del ex juez

está probada; ii) abusó del cargo y entró en relación de disponibilidad jurídica sobre bienes del Estado; iii) dispuso de tales bienes y, iv) logró con su comportamiento un provecho ilícito a favor de un tercero.

4.11. Dígase que, frente al aspecto subjetivo, determinado por el provecho ilícito que persigue el servidor público en su propio beneficio o en el de un tercero, resulta irrefutable que se trataba de una verdadera empresa criminal en donde los abogados y ex trabajadores interpusieron las demandas con pretensiones inadmisibles, en donde el aporte del funcionario judicial fue vital, quien al tener la disponibilidad jurídica de los dineros estatales, fue quien dictaminó en éste proceso la prosperidad de las pretensiones y la entrega de aquellos, defraudando las arcas públicas.

4.12. En tales condiciones, las pruebas recaudadas permiten concluir que el doctor Gamboa Velásquez, con pleno conocimiento y voluntad de su ilícito proceder, realizó la conducta por la que fue juzgado, comportamiento doloso que se advierte en la forma como falló el proceso con un injustificado desconocimiento de las disposiciones procesales que regulan la materia y su función, lo que prueba el elemento subjetivo del injusto.

4.13. La administración pública, sufrió un grave quebranto con la actividad judicial realizada por el ex juez quien en una clara muestra de un ejercicio abusivo del poder que le otorgaba el cargo y las funciones a él discernidas, dispuso en forma ilícita de los dineros de la Nación - Fondo del Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, Foncolpuertos.

4.14. Se concluye, entonces, que no resultan de recibo los argumentos expuestos por el apelante en relación con esta conducta punible, y por las razones anunciadas, la Sala confirmará en lo pertinente el fallo impugnado, salvo en lo relacionado con el delito por el que se cesó procedimiento, por el que resulta necesario readecuar la sanción.

5. De las consecuencias punitivas

5.1. Como ya se había anunciado, a la Sala se le impone redosificar la pena impuesta.

5.2. Así, en la sentencia de primer grado, se tasó la pena principal en setenta y seis (76) meses de prisión, por razón de un peculado que se incrementó en cuatro (4) meses más por el delito que concursaba. En estas condiciones, al descontar a la pena impuesta una conducta que se prescribió, la sanción que le corresponde es la impuesta por un solo delito, esto es, de setenta y dos (72) meses de prisión, la que se extiende a la inhabilitación en el ejercicio de derecho y funciones públicas. Así mismo, se rebaja la pena de multa proporcionalmente y conforme a los criterios expuestos a \$61.100.00025.

5.3. Ahora bien, en lo relacionado con las consecuencias derivadas del daño cometido cuando esta se ejerce a través del proceso penal, la prescripción de la acción penal irradia idénticos efectos, por tanto, se debe restar del monto de los perjuicios materiales establecidos en el fallo de primera instancia, el valor correspondiente a la suma por la que se dispuso la cesación de procedimiento.

En estas condiciones, a \$66.590.000, quantum al que ascendió la condena en perjuicios materiales se le habrán de descontar \$5.490.000, que equivale a los perjuicios tasados por razón de la conducta que se declaró prescrita, motivo por el cual la sanción a imponer por razón de los perjuicios civiles, asciende a \$61.100.000.

5.4. En conclusión, se impondrá a Harold Gamboa Velásquez la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión, y el mismo tiempo de inhabilitación en el ejercicio de derechos públicos, multa de \$61.100.000, y, el pago de \$61.100.000 por concepto de perjuicios materiales, como autor responsable del delito peculado por apropiación a favor de terceros.

5.5. Son estas las razones por las que se confirmará parcialmente el fallo objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar la prescripción de la acción penal derivada del delito de peculado por apropiación cuya cuantía ascendió a \$5.490.000, en consecuencia, cesar todo procedimiento por razón de aquella conducta punible.

Segundo. Confirmar parcialmente el numeral segundo de la sentencia condenatoria dictada en contra de Harold Gamboa Velásquez por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros y en su lugar condenarlo a la pena de setenta y dos (72) meses de prisión, y el mismo tiempo de inhabilitación en el ejercicio de derechos públicos, así como una pena de multa de \$61.100.000.00.

Tercero. Modificar el numeral tercero en el sentido de condenar a Harold Gamboa Velásquez al pago de sesenta y un millones cien mil pesos, \$61.100.000.00 por concepto de perjuicios materiales, los que deberán ser indexados al momento del pago en favor de Foncolpuertos.

Cuarto. Confirmar en todo lo demás y en cuanto fue objeto de impugnación, el fallo de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia del 31 de enero de 1995

2 Sentencia del 14 de agosto de 1996.

3 Sentencia del 5 de noviembre de 1996.

4 Folios 6 y 7 cuaderno 1.

5 Con resolución del 27 de agosto de 2004 se declaró la conexidad procesal dentro de los procesos adelantados por Arístides Valenzuela Payan, rad. 14717, Pablo Juliano Ocoro Hernández, rad. 14730 y Pablo Paz Montaña rad. 14731 todos por los mismos delitos.

6 Folios 16 a 24 cuaderno 1.

7 Folios 84 a 101 id.

8 Folios 143 a 166 id.

9 Los procesos laborales adelantados por Pablo Julián Ocoro Hernández y Pablo Paz Montaña,

10 Sentencia del 31 de enero de 1995

11 Folio 553 cuaderno 2.

12 Sentencia del 5 de noviembre de 1996

13 Folios 131 a 133 cuaderno 1.

14 Folio 555 cuaderno 2.

15 ARTICULO 133. PECULADO POR APROPIACION. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000> <Modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995: 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) salario mínimos legales

mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2). (subraya fuera de texto)

16 Folio 147 cuaderno1.

17 Folio 151 cuaderno 1.

18 No se presentó documentos que certificaran sumas mayores a reintegrar.

19 La relacionada con el proceso laboral seguido en contra de Pablo paz Montaña.

20 Sentencia del 6 de marzo de 2003, Radicado 18.021.

21 Con Resolución 1502 del 19 de junio de 1998 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de TES D.C.V No. 138-00-2-001074-1 de SERFINCO, canceló la suma de \$61.100.000

22 Folios 131 a 133 cuaderno 1.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de julio de 2008, Radicado 29837, reiterado en sentencia 33201 del 27 de abril de 2011.

24 Carga ignorada por el procesado.

25 Que corresponde al valor de lo apropiado por cuenta de un solo delito de peculado.