

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 189

Bogotá, D.C., diecinueve de junio de dos mil trece.

### VISTOS

La Sala se ocupa de resolver el recurso de apelación interpuesto por el acusado HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ, contra la decisión mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, profirió condena en su contra por un concurso homogéneo de peculados por apropiación a favor de terceros, supuestamente cometido cuando en su condición de Juez Primero Laboral de Buenaventura reconoció millonarias sumas de dinero con cargo al Fondo de Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia “Foncolpuertos”, a favor de los ex trabajadores portuarios Milton Andrés Perlaza Vente y Humberto Girón Cuero

### HECHOS

Se originaron entre los años 1993 y 1995, en los que el entonces Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura falló seis procesos adelantados por Olmedo José Ruiz Nández, José Mamerto Hurtado, César Julio Hernández Rivera, Milton Andrés Perlaza Vente, Andrés Salazar Padilla y Humberto Girón Cuero –ex trabajadores de Puertos de Colombia de dicho terminal marítimo-, accediendo a millonarias pretensiones, con lo cual se produjeron sendos desplazamientos de dineros públicos sin fundamento fáctico y

jurídico.

## DEL ACONTECER PROCESAL

Luego de la realización de una serie de diligencias en la fase preliminar, se declaró formalmente abierto el proceso -por resolución de 31 de julio de 2006- en el cual se investigarían los punibles posiblemente cometidos en desarrollo del proceso laboral en que fungía como demandante Olmedo José Ruiz Nández, decretándose luego la conexidad procesal con las averiguaciones adelantadas respecto de los otros ex trabajadores mencionados.

Mediante resolución de 21 de noviembre del mismo año se declaró persona ausente a GAMBOA VELÁSQUEZ y se le definió situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva -por medio de resolución de 21 de noviembre de 2007-, por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros; proveído en que además se le precluyó la investigación que se le adelantaba respecto de la sentencia laboral proferida por el acusado a favor de Andrés Salazar Padilla, por haber operado la prescripción de la acción penal.

Luego de clausurada la investigación se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo -la cual quedó ejecutoriada el 10 de noviembre de 2008-, dando paso a la etapa de la causa.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga presidió la audiencia preparatoria -el 1º de marzo de 2011-, y luego de concluir la vista pública -30 de septiembre de 2011-, se profirió el 7 de octubre siguiente, sentencia de carácter condenatorio.

## LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El a quo consideró demostrado el delito en mención, y en consecuencia impuso a HAROLD GAMBOA VELÁSQUEZ 76 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, multa por \$ 78.950.885, así como el pago de perjuicios materiales por el mismo valor en relación con el peculado por apropiación cometido a favor de los ex trabajadores Milton Andrés Perlaza Vente y Humberto Girón Cuero; a la vez que decretó la cesación de procedimiento en lo atinente al delito posiblemente perpetrado con la expedición de las sentencias laborales proferidas a favor de Olmedo José Ruiz Nãñez, José Mamerto Hurtado y César Julio Hernández Rivera, por efecto de la prescripción de la acción penal.

#### LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Tres fueron los argumentos que el acusado, actuando en nombre propio, concretó, con el objetivo de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se profiera una de naturaleza absolutoria.

En el primer punto de su inconformidad GAMBOA VELÁSQUEZ cuestiona la forma en que se tramitó el grado jurisdiccional de consulta, en desarrollo del cual fueron revocadas las sentencias proferidas por él. Califica dichas providencias como ilegales, dado que sólo hasta el año 1999 se aclaró la procedencia del grado jurisdiccional contra las sentencias por medio de las cuales era condenada “Foncolpuertos”; además que con los Acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura se vulneró la competencia territorial, componente del juez natural, e irrespetó el principio de cosa juzgada; y que por tanto dicha ilegalidad impedía que tales documentos fueran utilizados como prueba en su contra.

El segundo aspecto de su disenso lo hace consistir en que las sentencias laborales cuyos efectos pecuniarios se le cuestionan, fueron proferidas por GAMBOA VELÁSQUEZ en estricto acatamiento del derecho vigente para la época.

Advierte el impugnante que en tales sentencias -las que se ocuparon de ordenar la re liquidación de las prestaciones sociales- a favor de los ex trabajadores Milton Andrés Perlaza Vente y Humberto Girón Cuero, no se tuvieron en cuenta las suspensiones de la relación laboral por permisos no remunerados, suspensiones, licencias y huelgas -64 días para el primero y 328 para el segundo- toda vez que siendo carga de la prueba de la demandada, dicho sujeto procesal incumplió con ella.

De la misma manera defendió la doble sanción moratoria que le impuso a “Foncolpuertos”, una originada en el pago incompleto de las cesantías de Perlaza Vente, y otra por despido injusto por cuanto existió solución de continuidad entre el despido y el reconocimiento de la pensión, indemnización cuya ausencia de pago también generó dicha sanción, de acuerdo con el artículo 17 de la Convención Colectiva que regía tales situaciones. De manera que al trabajador sólo se le podía despedir con justa causa cuando estuviere gozando de la pensión; y en la realidad se le terminó el contrato por escrito de 1º de julio de 1993 y la pensión se le reconoció por resolución de noviembre 5 del mismo año.

El tercer planteamiento del apelante se dirige a que se concluya que su conducta fue atípica, el cual está soportado en que GAMBOA VELÁSQUEZ adoptó los fallos en cuestión con fundamentos fáctico, jurídico y probatorio suficientes, y por tanto rechaza las conclusiones del a quo en tal sentido. Agrega que si bien no fue condenado por prevaricato, si se debe concluir que sus fallos fueron legales, y al no contrariar con ellos el ordenamiento jurídico, mal se puede afirmar que cometió el delito de peculado a favor de terceros; y, que, en cambio de lo que piensa el a quo, no siempre que un superior funcional revoque una decisión proferida por la instancia inferior, se está frente a una conducta punible.

Destaca además que él no era protector de los bienes de la empresa ni ordenador del gasto, y que al proferir una sentencia no podría cometer peculado ya que los jueces

laborales no tienen entre sus funciones la administración de bienes. Así, dada la lejanía de la relación del juez con los dineros públicos, su actuar ilegal apenas lo harían responsable del prevaricato, pero no de peculado

Finalmente advierte que como ya fue condenado por enriquecimiento ilícito, mal podría serlo también por el delito de peculado por apropiación, sin violar el non bis in idem, puesto que, de ser absuelto, no quedaría impune su eventual participación delictiva.

## CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver este asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.3 de la Ley 600 de 2000, por tratarse de la impugnación de una decisión adoptada en el curso de un proceso presidido por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Frente al primer motivo de inconformidad relacionado con la imposibilidad de valorar probatoriamente las sentencias laborales emitidas en desarrollo de la consulta, por medio de las cuales se revocaron las proferidas por GAMBOA VELÁSQUEZ hay que decir que esta Corporación de manera sistemática lo ha desvirtuado.

Las sentencias proferidas contra “Foncolpuertos” eran y son consultables lo cual indica que las decisiones emitidas en desarrollo de tal grado jurisdiccional también están revestidas de la presunción de acierto y legalidad; tal y como corresponde al criterio afianzado por esta Corporación, que en un reciente pronunciamiento precisó<sup>1</sup>:

“Frente al argumento del recurrente atinente a calificar las sentencias proferidas por las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Bogotá, Pereira y Cundinamarca, al surtir el grado jurisdiccional de consulta, como elementos probatorios “ilegales”, aduciendo que no debe procederse a su análisis, por cuanto las sentencias proferidas

contra Foncolpuertos antes del año 1999 no eran consultables, conviene señalar que el juicio tuvo origen en la acusación proferida por la Fiscalía que consideró que el entonces juez, valiéndose de su condición de servidor público, colocó en las arcas de terceros de manera ilegal dineros del Estado, lo cual se tipifica como peculado por apropiación a favor de terceros.

De tal forma, que el delito se cometió cuando el juez ordenó, valiéndose de su calidad, el pago de dineros del Estado, por obligaciones inexistentes y fue así que se edificó la acusación de peculado a favor de terceros.

Precisamente, la prueba del delito está en las condenas proferidas en los procesos ordinarios, y en los cobros ejecutivos de dichos montos; con independencia de que por vía de consulta o de apelación, dichas providencias se revocaran.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la prueba del peculado por apropiación a favor de terceros está constituida por las sentencias proferidas por el entonces Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, y no por aquellas que resolvieron las consultas, las cuales lo único que hicieron fue poner en evidencia, o denunciar, o desentrañar, o develar, si se quiere, las ilegales órdenes de pago contenidas en providencias judiciales cuyo cumplimiento propiciaron que dineros del Estado ingresaran al patrimonio de terceros, enriqueciéndolos de manera injustificada por carencia de causa para tal incremento de su haber particular en desmedro del peculio público.”

En este orden de ideas, no puede predicarse que la prueba con fundamento en la cual se condenó a Harold Gamboa Velásquez haya sido ilegal; máxime, se insiste, que no se está realizando un juicio en función de la existencia del delito de prevaricato originado en la no tramitación de la consulta, sino de peculado por apropiación a favor de terceros.

Por lo tanto, el argumento contenido en la apelación está llamado al fracaso en la medida en que las sentencias mediante las cuales se resolvió la consulta están amparadas por la

doble presunción de legalidad y acierto, y por tanto, como ya se indicó, son valorables en el asunto de la referencia.

Precisamente, con fundamento en ellas, y ya frente al segundo argumento del apelante, la Sala pudo comprobar que en relación con los ex trabajadores Milton Andrés Perlaza Vente y Humberto Girón Cuero, el entonces Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, ordenó la re liquidación de las cesantías, a lo que obviamente adicionó millonarias indemnizaciones moratorias, concediéndoles \$ 50.614.149.38 y \$ 28.336.735.72 respectivamente; para lo cual se valió de incluir tiempos que “Foncolpuertos” había legalmente excluido por no hacer parte de lo que trabajaron, desconociendo documentos que obrantes al proceso indicaban tal situación (folios 44 a 50), con fundamento en los cuales a Humberto Girón Cuero se le debieron descontar 328 días y 64 a Milton Andrés Perlaza Vente.

De manera que no resulta necesaria mayor disquisición para concluir que de manera injustificada, el entonces juez laboral, aprovechándose del poder de tal condición funcional, ordenó ilegalmente el traslado de dineros de “Foncolpuertos” a las arcas de particulares, comportamiento encaminado a favorecer con exceso de generosidad la postura de los demandantes en detrimento del patrimonio público, reflejado en tan millonarias concesiones; consumándose así el delito por el cual fue acusado, en concurso homogéneo, por lo cual el segundo argumento contenido en su apelación, tampoco está llamado al éxito.

La tercera fuente de inconformidad de GAMBOA VELÁSQUEZ con el fallo apelado, está relacionada con la supuesta atipicidad de su conducta, la cual hace consistir en que sus decisiones estaban respaldadas por fundamentos fácticos y jurídicos suficientes, y que, con todo, de no haber sido así, el juicio en su contra debiera ser exclusivamente por el delito de prevaricato, por ser el que con mayor riqueza descriptiva define lo que se le reprocha, más aún cuando su condición de juez no implicaba la de protección de dinero

alguno.

Con fundamento en las sentencias que resolvieron el grado jurisdiccional de consulta y en el más elemental sentido jurídico, fácilmente se puede concluir que el valor de las cesantías se calcula en proporción al período laborado, de manera que no hacen parte de él aquellos lapsos en que por las razones legalmente autorizadas se encontraba suspendida la relación entre la empresa y el trabajador. Menos aún, de ser discutible aquél período, la conclusión en contra de la empresa no ameritaba la imposición de indemnizaciones, precisamente por la ausencia de su mala fe, más cuando en la liquidación inicial de las cesantías la empresa había contabilizado y excluido dichos tiempos en que no fluyó continua la vinculación.

Pero, el paso del tiempo operó a favor del doctor GAMBOA VELÁSQUEZ alcanzado a extinguirse la acción penal respecto del delito de prevaricato por acción, no así la de peculado por apropiación a favor de terceros. Por tanto, cualquier discusión relacionada con la ilegalidad de aquellas sentencias por él proferidas quedó superada por el tiempo que tenía el Estado para su investigación y juzgamiento; no así sus efectos en relación con el delito de peculado.

Atender favorablemente la prédica del apelante sería tanto como afirmar que cuando prescribe la acción por el delito de porte o tenencia ilegal de un arma también debe fenecer la investigación del homicidio con ella cometido; lo cual desconoce la especificidad de los bienes jurídicos que la ley penal intenta proteger así como las conductas que pretende evitar con su tipificación como prohibidas.

Tampoco es de recibo para esta Corporación la ajenidad que se atribuye GAMBOA VELÁSQUEZ con la disposición del capital de “Foncolpuertos”, la cual se contradice con la simple evidencia que muestra que fue precisamente en cumplimiento de sus fallos que debieron pagarse dineros no debidos a los ex trabajadores en cita.

Dicho aspecto también ha sido dilucidado por esta Sala, cuando en precedente constantemente ratificado afirmó:

“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”.

“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 ex trabajadores 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”<sup>2</sup> (subrayas fuera de texto).

Por consiguiente, dicho planteamiento tampoco está llamado a prosperar.

En el último aparte de la sustentación del recurso que ahora se resuelve, GAMBOA

VELÁSQUEZ advierte que se le violó el principio non bis in idem debido a que al estar condenado por enriquecimiento ilícito no podría serlo del peculado por apropiación sin profanar dicha garantía constitucional.

Estima la Sala que tal planteamiento resulta equivocado en tanto el patrimonio del acusado, cuyo incremento se sancionó con la condena que se le impuso por enriquecimiento ilícito-, no guarda ninguna relación con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por el que se le sancionó.

La Sala frente a este mismo aspecto así lo ha precisado al advertir<sup>3</sup>:

“Pues bien, en el evento bajo examen, la Corporación colige que no se afecta el postulado invocado porque las conductas sancionadas en los referidos tipos penales son ontológicamente diversas, pues el enriquecimiento ilícito comporta necesariamente el incremento patrimonial injustificado del servidor público, elemento no requerido en el peculado por apropiación ejecutado en favor de terceros.

Así mismo, porque el acto de apropiarse de recursos públicos es pluriofensivo, siendo posible que encaje en varias descripciones típicas, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, pues las conductas pueden ejecutarse de manera independiente en el tiempo y el espacio y los recursos provenir de diversas fuentes, de forma que cuando se consolide el incremento patrimonial es factible que el atentado a la administración pública ya se haya agotado.

En tal sentido, la Corporación ha señalado la procedencia del concurso entre el peculado y el enriquecimiento ilícito en los siguientes términos:

“2. Es incuestionable que entre esos dos hechos punibles puede existir concurso, que se da cuando lo apropiado y lo que ha enriquecido ilícitamente al servidor público, corresponda a haberes provenientes de distinta fuente, esto es, cuando además de lo

obtenido como producto del peculado, en el incremento del patrimonio del servidor público aparezcan otros fondos diferentes, adicionales, de procedencia no justificada pero relacionable con el ejercicio de las funciones, o por razón del cargo, que se establezca como ilícita pero no exista demostración de haber sido generada por otro delito”4.(subrayas fuera de texto)

En suma, se confirmará integralmente la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ  
MALO FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE

LUIS GUILLERMO  
JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia de 14 de noviembre de 2011 con radicado 39352.

2 Sentencia del 6 de marzo de 2003, radicación 18021.

3 Sentencia de 24 de agosto de 2011 radicado 36117.

4 Cfr. Providencia del 19 de mayo de 2000, Rad. No. 8067. En igual sentido, la Corte ha avalado la posibilidad del concurso material entre los delitos de cohecho y enriquecimiento ilícito en decisión del 28 de mayo de 2008, Rad. No. 29705.