

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP13922-2014

Radicado N° 44405.

Aprobado acta No. 337.

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, ex-Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), en contra de la sentencia del 28 de mayo de 2014, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad lo condenó como autor penalmente responsable del concurso de delitos constitutivos de peculado por apropiación a favor de terceros.

HECHOS

En su calidad de Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico), el doctor LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS tomó múltiples decisiones judiciales, todas ellas ilegales, que redundaron en pagos de altas sumas de dinero a cargo del Fondo de Liquidación de Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia -FONCOLPUERTOS-,

favoreciendo así a ex-empleados de la compañía, quienes, o no tenían derecho a esas sumas, o no lo demostraron adecuadamente en los procesos laborales de conocimiento del funcionario.

En concreto, fueron 47 determinaciones por las que se iniciaron sendos trámites penales y finalmente se le acusó, referidas a las condenas que en primera instancia emitió en contra de dicho Fondo, las cuales se resumen de esta manera:

1. Sentencia del 5 de diciembre de 1994, condenando a pagar las sumas de \$77'878.238.14 y \$3'032.586.00, por concepto de reliquidación de mandamiento de pago, con modificación de la mesada pensional, a favor de Juan Bautista Bolaños Barrios. Fue revocada el 31 de marzo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17099).

2. Sentencia del 20 de noviembre de 1996, condenando a pagar la suma de \$55'339.778.95, a favor de Napoleón Orozco García. Fue revocada el 24 de febrero de 2004, por el Tribunal Superior de Manizales (investigación 16736).

3. Sentencia del 23 de febrero de 1994, condenando a pagar las sumas de \$68'371.748.54 y \$5'260.971.10, por concepto de reliquidación de mandamiento de pago, con modificación de la mesada pensional, a favor de Hernando Bonilla. Fue revocada el 16 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Armenia (investigación 16561).

4. Sentencia del 17 de mayo de 1994, condenando a pagar la suma de \$20'045.044.99, por concepto de modificación de la mesada pensional, a favor de Eduardo de la Cruz Coronado. Fue revocada el 2 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16783).

5. Sentencia del 3 de diciembre de 1993, condenando a pagar las sumas de \$12'664.448.42 y \$1'885.539.10, por concepto de reliquidación de mandamiento de pago, con modificación de la mesada pensional, a favor de Luciano José Sanjuán Escobar. Fue revocada el 12 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16807).

6. Sentencia del 4 de octubre de 1991, condenando a pagar la suma de \$11'538.374.46, por concepto de modificación de la mesada pensional, a favor de José Lázaro Sarmiento Blanco. Fue revocada el 17 de octubre de 2003, por el Tribunal Superior de Armenia (investigación 15560).

7. Sentencia del 28 de junio de 1993, condenando a pagar la suma de \$8'801.767.78, por concepto de modificación de la mesada pensional, a favor de Hernán Cristóbal Cano Villa. Fue revocada el 31 de marzo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16930).

8. Sentencia del 14 de septiembre de 1992, condenando a pagar la suma de \$54'365.378.88 (aunque finalmente se canceló la cantidad de \$225'924.938.32), a favor de Víctor Manuel Flórez Esquivel y otros (investigación 17177).

9. Sentencia del 18 de octubre de 1994, condenando a pagar la suma de \$20'688.866.99, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Hernando Borrero Rodríguez. Fue revocada el 31 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16955).

10. Sentencia del 26 de julio de 1996, condenando a pagar la suma de \$64'100.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Félix Enrique Marriaga Peña. Fue revocada el 29 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16914).

11. Sentencia del 5 de agosto de 1996, condenando a pagar las sumas de \$7'148.869.72 y \$130.097.66, por concepto de reliquidación de pensión e incremento de la mesada pensional, a favor de Pedro Manuel Pachecho Yepes. Fue revocada el 27 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 16815).

12. Sentencia del 13 de diciembre de 1993, condenando a pagar la suma de \$20'963.589.27, con modificación de la mesada pensional, a favor de Nilson Rafael López Ariza. Fue revocada el 29 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17007).

13. Sentencia del 9 de julio de 1993, condenando a pagar las sumas de \$8'297.092.90 y \$2'841.784.00, por concepto de reliquidación de mandamiento de pago, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Eugenio Rafael Vargas Padilla. Fue revocada el 31 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17019).

14. Sentencia del 4 de febrero de 1997, condenando a pagar las sumas de \$50'299.344.00, \$49'800.000.00, \$34'290.420.00 y \$77.770.94, por conceptos varios, a favor de Nelson Martínez Barrios, Luis Alfredo Pinto Ortiz, Jorge Humberto Monsalve Tabares y Luis Alfredo Domínguez Ríos, respectivamente. Fue revocada el 24 de febrero de 2004, por el Tribunal Superior de Bogotá (investigación 16322).

15. Sentencia del 6 de julio de 1996, condenando a pagar la suma de \$18'086.082.29, por concepto de diferencias de la mesada pensional, a favor de Luis Ramón Cantillo Ramírez. Fue revocada el 28 de septiembre de 2001, por el Tribunal Superior de Bogotá (investigación 15989).

16. Sentencia del 26 de julio de 1993, condenando a pagar las sumas de \$7'275.507.02 y \$ 869.957.00, por concepto de reliquidación de mandamiento de pago, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Oswaldo Antonio

Brochero Rivera. Fue revocada el 30 de octubre de 2003, por el Tribunal Superior de Armenia (investigación 16451).

17. Sentencia del 3 de noviembre de 1994, condenando a pagar las sumas de \$2'487.196.00, \$18'984.386.00 y \$418'100.000.000.00, por concepto de reajuste pensional, y diferencias y modificación de la mesada pensional, a favor de Antonio María Suárez Jiménez. Fue revocada el 10 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 16001).

18. Sentencia del 2 de junio de 1992, condenando a pagar la suma de \$48'605.520.94, sin modificación de la mesada pensional, a favor de José María Molina Pabón. Fue revocada el 14 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16794).

19. Sentencia del 31 de octubre de 1994, condenando a pagar la suma de \$31'547.559.74, con modificación de la mesada pensional, a favor de José de la Oz Martínez. Fue revocada el 29 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 16796).

20. Sentencia del 3 de febrero de 1995, condenando a pagar la suma de \$52'600.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Dagoberto Jerónimo González. Fue revocada el 10 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 16812).

21. Sentencia del 31 de octubre de 1994, condenando a pagar la suma de \$31'133.622.70, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Evaristo Martínez Barrios. Fue revocada el 3 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16843).

22. Auto del 8 de febrero de 1995, aprobando la conciliación por la suma de

\$9'416.785.00, con modificación de la mesada pensional, a favor de Fabio Gutiérrez Martínez. Fue revocada el 12 de agosto de 2003, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16863).

23. Sentencia del 22 de agosto de 1994, condenando a pagar la suma global de \$321'403.232.41, por concepto de incremento salarial, reliquidación de vacaciones, primas varias y cesantías, reajuste pensional y salarios moratorios, a favor de Ramón José Serje Sarmiento. Fue revocada el 18 de diciembre de 2003, por el Tribunal Superior de Manizales (investigación 17300).

24. Sentencia del 28 de agosto de 1995, condenando a pagar la suma de \$43'500.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Clara Eugenia Ramírez Charry. Fue revocada el 30 de julio de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16944).

25. Sentencia del 20 de marzo de 1997, condenando a pagar la suma de \$214'188.247.91, con modificación de la mesada pensional, a favor de Alex Guillermo Fonseca. Fue revocada el 9 de diciembre de 2003, por el Tribunal Superior de Pasto (investigación 16333).

26. Sentencia del 19 de enero de 1995, condenando a pagar la suma de \$15'979.317.85, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Carlos Francisco Barros Grau. Fue revocada el 23 de enero de 2004, por el Tribunal Superior de Armenia (investigación 16609).

27. Sentencia del 2 de diciembre de 1994, condenando a pagar la suma de \$29'316.405.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Miguel Ángel Carpintero Arzuza. Fue revocada el 30 de marzo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16698).

28. Sentencia del 21 de octubre de 1994, condenando a pagar las sumas de \$34'630.820.80 y \$ 1'952.808.03, por concepto de reliquidación del mandamiento de pago, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Manuel Antonio Coba. Fue revocada el 9 de julio de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16706).

29. Sentencia del 26 de septiembre de 1994, condenando a pagar la suma de \$37'484.421.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Francisco Alberto Orozco Arteta. Fue revocada el 17 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16708).

30. Sentencia del 26 de octubre de 1995, condenando a pagar la suma de \$203'100.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Pablo Tercero Coronado Mejía. Fue revocada el 20 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 16880).

31. Sentencia del 27 de septiembre de 1994, condenando a pagar la suma de \$34'102.137.60, a favor de Wilfrido Cantillo Vásquez. El proceso fue suspendido a petición del ente demandado (investigación 15434).

32. Sentencia del 19 de diciembre de 1994, condenando a pagar la suma de \$26'368.980.60, a favor de Armando Díaz Cabarcas. Aunque el proceso fue suspendido a petición del ente demandado, se archivó por el pago de la obligación (investigación 15437).

33. Sentencia del 10 de febrero de 1995, condenando a pagar la suma de \$16'341.721.00, a favor de Waldo Salcedo Fontalvo. Aunque el proceso fue suspendido a petición del ente demandado, se archivó por el pago de la obligación (investigación 15438).

34. Sentencia del 1 de marzo de 1995, condenando a pagar la suma de \$43'637.560.87, a favor de Pedro Nova Gómez y otros, cuya orden de embargo fue revocada el 19 de agosto de 1997, por el juez sucesor del acusado (investigación 15436).
35. Con base en conciliación del 30 de diciembre de 1993, condenando a pagar la suma de \$42'234.943.56, a favor de José María González Valencia. El proceso fue suspendido a solicitud del ente demandado (investigación 15439).
36. Con base en conciliación del 31 de diciembre de 1993, condenando a pagar la suma de \$177'378.406.26, por la que se ordenó mandamiento de pago por la cantidad de \$219'.341.390.71, a favor de Miryam Joleany Daza y Diana Palacios Ortega. Este proceso fue archivado (investigación 15444).
37. Sentencia del 17 de enero de 1997, condenando a pagar la suma de \$100'500.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de José Ignacio Mosquera Domínguez. Fue revocada el 13 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16735).
38. Sentencia del 18 de abril de 1995, condenando a pagar la suma de \$31'481.475.21, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Manuel Macías Barrios. Fue revocada el 24 de marzo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16768).
39. Sentencia del 25 de octubre de 1995, condenando a pagar la suma de \$167'242.546.36, sin modificación de la mesada pensional, a favor de José Antonio Porras Ramírez. Fue revocada el 28 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16905).
40. Sentencia del 23 de abril de 1993, condenando a pagar las sumas de \$16'474.914.11

y \$ 4'446.172.00, por concepto de reliquidación del mandamiento de pago, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Orlando Enrique Díaz Mendoza. Fue revocada el 6 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 16931).

41. Sentencia del 1 de noviembre de 1994, condenando a pagar la suma de \$987'766.881.13, por concepto de modificación de la mesada pensional, a favor de José Montañez Celedón y otros. Fue revocada el 2 de diciembre de 2003, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17049).

42. Sentencia del 3 de octubre de 1994, condenando a pagar la suma de \$149'153.917.20, con modificación de la mesada pensional, a favor de Gabriel Antonio Arrieta Monsalve. Fue revocada el 4 de marzo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17063).

43. Sentencia del 5 de febrero de 1996, condenando a pagar la suma de \$56'500.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Adalberto Manotas Fontalvo. Fue revocada el 18 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17100).

44. Sentencia del 8 de noviembre de 1994, condenando a pagar las sumas de \$58'285.814.83 y \$39'230.892.83, a favor de Neftalí Movilla Mendoza. Fue revocada el 18 de mayo de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 17018).

45. Sentencia del 10 de febrero de 1994, condenando a pagar las sumas de \$64'440.179.56 y \$3'322.916.72, por concepto de reliquidación de mandamiento de pago, con modificación de la mesada pensional, a favor de Jacqueline Donado Zapateiro. Fue revocada el 30 de abril de 2004, por el Tribunal Superior de Pamplona (investigación 17368).

46. Sentencia del 24 de junio de 1994, condenando a pagar la suma de \$15'152.230.32, con modificación de la mesada pensional, también a favor de Jacqueline Donado Zapateiro. Fue revocada el 27 de septiembre de 2001, por el Tribunal Superior de Bogotá (investigación 17381).

47. Sentencia del 20 de agosto de 1996, condenando a pagar la suma de \$40'200.000.00, sin modificación de la mesada pensional, a favor de Carlos Alfonso Contreras Cárdenas. Fue revocada el 10 de junio de 2004, por el Tribunal Superior de Pereira (investigación 16952).

Dichas decisiones, que, como acaba de advertirse, en su gran mayoría fueron revocadas por vía de consulta por las Salas Laborales de varios Tribunales del país, en sentir de la Fiscalía emergieron abiertamente contrarias a la ley y por contera afectaron el patrimonio estatal, generando beneficio económico a los terceros, quienes actuaron en calidad de demandantes a través de sus respectivos apoderados.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Mediante resoluciones del 24 de abril de 2009, y 30 de abril, 3 y 9 de agosto y 26 de noviembre de 2010, la Fiscalía 56 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá decretó la conexidad de las 47 investigaciones que se iniciaron en contra del funcionario judicial LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, en ese despacho y en el de sus homólogas 20 y 38 de la misma ciudad, por las conductas punibles de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción.

Dicha dependencia, declaró la prescripción de la acción penal respecto del ilícito de prevaricato por acción, con proveídos del 24 de abril, 22 de septiembre y 30 de octubre de 2009, y 6 y 30 de abril, 3 y 9 de agosto y 16 de septiembre de 2010.

El 27 de octubre de aquella anualidad, el ente instructor admitió la demanda de

constitución de parte civil promovida en nombre del Ministerio de la Protección Social. Previamente, el 1 de septiembre de 2005, la citada Fiscalía 20 había aceptado la postulada en representación del Consejo Superior de la Judicatura.

Integradas las actuaciones, dispuesta la apertura formal de la instrucción y ordenada la vinculación de CUELLO ROJAS, la oficina investigadora lo declaró persona ausente el 11 de enero de 2011, en tanto, resolvió su situación jurídica el 22 de junio siguiente, aplicándole medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación.

Clausurada la fase instructiva el 20 de septiembre de la referida anualidad, la Fiscalía calificó su mérito el 30 de noviembre posterior, profiriendo resolución de acusación en contra del sindicado, por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos constitutivos de peculado por apropiación a favor de terceros, agravado, previsto en el artículo 133 del Decreto-Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 2° de la Ley 43 de 1982.

El conocimiento del juicio fue asumido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, entidad que luego de llevar a cabo las audiencias preparatoria -el 29 de enero de 2013- y pública de juzgamiento -el 20 de septiembre ulterior-, dictó sentencia el 28 de mayo de 2014, declarando la responsabilidad penal del inculcado CUELLO ROJAS en el concurso delictual contenido en el pliego acusatorio.

Consecuente con su decisión, el A quo le impuso las penas principales de 198 meses de prisión, multa por el valor de \$236.000.00, e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el término de 80 meses. De igual modo, lo condenó a cancelar la suma de \$4'925.292.145.08 por concepto de perjuicios materiales, y dispuso que cumpliera la sanción restrictiva de la libertad "en establecimiento carcelario", ordenando, por tanto, su captura.

En contra del mencionado fallo, el defensor del enjuiciado interpuso oportunamente el

recurso de apelación.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal, luego de resumir los hechos, la acusación, la intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública y las pruebas recaudadas, se refiere a la competencia, descarta la presencia de irregularidades que ameriten la nulidad y aborda el análisis de los elementos estructurales de la conducta punible, empezando por examinar lo concerniente a la tipicidad, a partir de los cargos imputados y del precepto sancionador atribuido; es así como destaca que está acreditada la calidad de servidor público del procesado, condición bajo la cual dictó las decisiones ilegales en los procesos laborales promovidos contra FONCOLPUERTOS y, consecuentemente, cometió los delitos constitutivos de peculado por apropiación en favor de terceros.

Seguidamente, estima configurados igualmente los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad, debido a que lesionó el bien jurídico protegido por la ley y actuó contrariando sus deberes oficiales, al permitir que terceros se apropiaran de dineros, “desconociendo en forma manifiesta los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso sometido a su consideración”.

En sustento de lo anterior, la Sala de Decisión historia los 47 procesos laborales que fundamentan la acusación, destacando que en las providencias dictadas en el curso de los mismos, obedeciendo a un formato, se condenó ilegalmente al Fondo a pagar sumas de dinero a los demandantes por varios conceptos, atinentes al recargo y reajuste de pensiones, auxilios de transporte, primas de servicios, reliquidaciones de cesantías definitivas y de primas de antigüedad proporcional y de servicios, salarios moratorios y dejados de incluir en la liquidación de pensión, y costas del proceso. Considera, entonces, que es necesario analizar la estructuración del ilícito de prevaricato por acción, pues, no obstante haber prescrito, es el que explica las pretensiones declaradas

por el funcionario acusado, a pesar de que carecían de vocación jurídica y sustento probatorio.

Adentrado en ese análisis, el A quo sostiene que algunas de esas prestaciones no estaban establecidas en pactos o convenciones, así como que no se acreditaron los tiempos ni los montos, apegándose el juez a lo señalado en las demandas, sin demostrarse si hubo pago previo de dichas obligaciones. De ahí que las cuestionadas decisiones, “al carecer de la motivación correcta, dieron lugar al apoderamiento de los dineros públicos, donde se deduce, fácilmente, la existencia del dolo en su actuar”.

Además de esa pasividad argumentativa, critica también el valor probatorio otorgado a las convenciones colectivas, reiterando que ninguna de las pretensiones postuladas por los actores tenía la vocación de ser reconocida, ya que carecían de soporte, pues, el documento aportado por ellos no cumplió con los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que “no se probó que se: (i) hubiere extendido la convención colectiva, (ii) se hubiere depositado ante el Departamento Nacional del Trabajo, y (iii) que ello se hubiere realizado dentro de los 15 días siguientes a su elaboración”.

Entonces, mientras en unos casos ni siquiera se presentó la convención colectiva, en otros sí se allegó, pero en copia, contrariando lo dispuesto en el aludido precepto, en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, en los Decretos 1422 de 1989 y 1741 de 1993 y en precedentes jurisprudenciales que trae a colación, de los cuales resalta uno reciente de esta Sala (radicado 42556), en el que además se estimó que no bastaba con el sello de la Dirección Seccional del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, “lo cual no es auténtico”. Concluye, por consiguiente, que las sentencias laborales dictadas en los procesos reseñados, “son ostensiblemente prevaricadoras”, toda vez que el juez laboral no podía darle credibilidad a unas convenciones colectivas que se aportaron sin el lleno de los requisitos legales.

En los siguientes apartados, el Tribunal descarta como factor de reproche en contra del sindicato, la omisión de someter a consulta los fallos laborales -tal como lo adujo la Fiscalía-, debido a que el tema no era pacífico en ese momento. Cosa diferente, opina, es que en razón de su ilegalidad, las diferentes Corporaciones hayan ordenado compulsar copias para que se investigara el proceder irregular del funcionario judicial.

A continuación, explica que la declaratoria de prescripción de los delitos de prevaricato por acción no obsta para que se juzguen los ilícitos de peculado desencadenados, ya que estos se ejecutaron precisamente por darle cumplimiento a las decisiones ilegales, referidas no solo a los autos y sentencias ya mencionados, sino también a las órdenes de ejecución, a pesar de que no había transcurrido el término de 18 meses que al efecto exige el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del C.P.L. Sobre este punto, se vale nuevamente de pronunciamiento de la Corte para reforzar su postura.

Con relación a las conductas punibles de peculado por apropiación, señala el fallador de primer grado que se materializaron con las providencias que profirió el sindicato ordenando a la entidad estatal la entrega de unos dineros sobre los cuales, en su calidad de juez laboral, tenía la disponibilidad jurídica. Esas sumas, agrega, en últimas fueron objeto de apropiación por parte de terceros, tal como se constató luego de una exhaustiva revisión de los cuadernos que conforman los procesos laborales impulsados por el doctor CUELLO ROJAS, verificando, por tanto, que “se materializó la apropiación por parte de los terceros a raíz de las sentencias y de los autos en los que el sindicato dictó mandamiento de pago, así como de la celebración de conciliaciones con los interesados y expedición de los Títulos Bancarios, existiendo una efectiva apropiación de dinero, ante lo cual el Juez dispuso de todo lo necesario para que ello se efectuara”.

Acto seguido, el juzgador A quo amplía el concepto de disponibilidad jurídica,

afirmando que el delito que se juzga se estructuró, pues, debido a su condición de juez laboral, en el “desarrollo de un proceso de tales características, y de los que resulta claro que ostenta un deber funcional en cuanto a que puede adoptar decisiones, de tal forma que termina administrando bienes o recursos estatales, y que en este caso resultaron ser peculadoras a favor de varios terceros”. Por ello, la relación que existía entre el procesado y los bienes oficiales es jurídica, ya que derivó de una asignación de competencia legal y estuvo vinculada al ejercicio de un deber funcional cuando se desempeñaba como Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla.

Acorde con lo anotado, concluye que el enjuiciado incurrió inicialmente en el delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo, y, con posterioridad, en el de peculado por apropiación de terceros, consumado también en concurso homogéneo agravado, puesto que a través de sus decisiones, varios trabajadores de FONCOLPUERTOS obtuvieron dineros que se encontraban bajo su disponibilidad jurídica, por razón del ejercicio de sus funciones como juez laboral. Aclara sí, que aunque estuviese reconocida la prescripción de la primera hipótesis delictiva aludida, “resulta indudable también que esta conducta se constituye delito medio para obtener el fin económico o lucrativo que se consiguió o delito fin de peculado”.

Definida así la responsabilidad penal del sindicado CUELLO ROJAS, para terminar la Sala de Decisión se ocupa de lo concerniente a las ya anotadas consecuencias jurídicas de la conducta punible.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Dentro del término legal, presentó un farragoso y deshilvanado escrito de impugnación el defensor del procesado LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, quien luego de aludir de manera muy somera a los razonamientos del Tribunal, los ataca indiscriminadamente y sin estructura alguna en los párrafos subsiguientes, con el fin de sustentar que los

pronunciamientos dictados por su prohijado son legales y se encuentran ajustados a derecho.

A continuación, entonces, se emprenderá la tarea de resumir los argumentos de la alzada, no sin antes mencionar lo difícil que resulta, debido a que el recurrente trae a colación una interminable lluvia de ideas, de manera repetitiva y sin ningún orden lógico.

Efectivamente, para empezar, rechaza las críticas que se hacen a las similitudes formales de los diversos procesos, indicando que para el efecto, el juez laboral se atuvo a los requisitos de las sentencias, en los términos del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al trámite laboral. Agrega que como en ellas constan las pretensiones y probanzas aportadas por los demandantes, es un error que el A quo en su fallo y la Fiscalía en la acusación, no hayan acudido al Derecho Probatorio en materia laboral, sino que simplemente afirmen que no se adujeron o analizaron las pruebas. Por ello, solicita que la Corte, por vía de apelación, realice un completo estudio probatorio en cada uno de los procesos laborales.

Acto seguido, el memorialista reseña las normas que se refieren a la autenticidad de los documentos públicos y las presunciones¹, con el objeto de explicar que en los asuntos laborales, cada actor cumplió con la carga de aportar las copias de sus respectivas pretensiones, mediante las resoluciones del Fondo, las cuales gozaban de presunción de autenticidad. De ahí que ante la ausencia de tacha de falsedad, al juez laboral no le quedaba camino diferente al de realizar las operaciones aritméticas de rigor y, si encontraba diferencias, proceder a condenar, so pena de incurrir en prevaricato.

Lo propio ocurrió con las actas de conciliación que fundamentaron los procesos ejecutivos, cuya presunción de autenticidad no se desvirtuó, ya que tampoco fueron objetadas. En soporte de lo manifestado, trae a colación pronunciamientos de las altas

Cortes que aluden a los efectos de las conciliaciones.

En los siguientes apartados, el apelante menciona varias informalidades que se suscitaron en los trámites laborales, ya que no se precisó si hubo una refoliación y, por tanto, si se sustrajeron elementos materiales de prueba. Por ello, le llama la atención que de los 6600 procesos que pasaron a consulta ante los Tribunales de descongestión, en el 98% de ellos hubo revocatoria.

De la misma manera, critica porque en ninguno de esos procesos se estudió “en estricto derecho” la calidad de las convenciones colectivas de trabajo, dejándose de lado que las decisiones de la Empresa Puertos de Colombia son actos administrativos y por ello los documentos que las contienen, son “verdaderos documentos públicos”, revestidos de presunción de legalidad.

También se lamenta la defensa sobre la forma en que fueron contestadas las demandas, pues, aunque el ente incoado aducía el pago, no lo demostró documentalmente, ni se opuso a las pretensiones.

A renglón seguido, se refiere genéricamente a los efectos de las convenciones colectivas, como preámbulo para abordar el tema de la disponibilidad jurídica, como componente del delito. Así, tras indicar qué debe analizarse al momento de estimar configurada una conducta punible, dice no estar de acuerdo con lo que ha sostenido la jurisprudencia para acuñar el término, en tanto, con las mismas razones que se estructura el ilícito de prevaricato, se condena por el de peculado, fusionándolos. En todo caso, concluye, “la disponibilidad jurídica en sí misma jamás debe considerarse como parte integral del cuerpo del delito”.

En un siguiente acápite, en cuyo rótulo afirma que su representado “no puede considerarse reo de culpa”, el libelista ilustra sobre el cumplimiento de las sentencias laborales, para luego insistir en que no tenía la disponibilidad jurídica. Ésta vez, explica

con detenimiento cómo fue creado el Fondo, su estructura y su junta directiva, destacando de la misma quiénes la conforman y qué tipo de determinaciones adopta, con el fin de sustentar que le correspondía “previamente comprobar la legalidad de las decisiones contenidas en las sentencias, su ejecutoria real y material”, para después expedir la respectiva resolución. En esa medida, afirma posteriormente en su libelo, en dichas determinaciones nada tuvo que ver su asistido.

Sumado a ello, tampoco se ha tenido en cuenta que en los mandamientos ejecutivos nunca se dispuso el pago o entrega de suma alguna a los actores, sino que siempre se ordenaba al pagador del Fondo que consignara los valores en el Banco Popular.

Entonces, si ello fue incumplido y adicionalmente se cancelaron unas conciliaciones por cantidades superiores y onerosas para el Estado, éstas comportan “pagos extrajudiciales ilegales”, en las que nada tiene que ver el juez laboral investigado, quien, asegura más adelante en su escrito, no participó en lo ocurrido con posterioridad a los mandamientos.

En los apartados ulteriores, el impugnante hace un amplio -e innecesario- estudio sobre el precedente judicial y la naturaleza de los pronunciamientos que emite la Corte Constitucional, con el fin de sustentar que en los asuntos laborales a cargo del funcionario judicial incriminado no era necesaria la consulta. De ahí que no constituía prevaricato el que no se enviasen las actuaciones para acatar ese grado jurisdiccional, habida cuenta que “una cosa es haberle dado a los procesos el trámite procedimental correspondiente y otra considerar que la conducta del juez fue claramente prevaricadora, porque se dieron cumplimiento de sentencias (sic) sin que se surtiera la consulta”.

Como si fuera poco, en el trámite de las consultas se desconoció el debido proceso, pues, aunque se atendieron unos rigorismos, para ese momento la mayoría de los involucrados estaban privados de la libertad y no pudieron ejercer sus derechos.

Insistiendo, entonces, en que su defendido es ajeno al resultado de las conciliaciones y a lo que deciden las directivas del Fondo, el defensor diserta a continuación sobre la conducta humana y sus elementos, con el propósito de aseverar que en este caso no hubo nexo de causalidad entre lo ocurrido y el comportamiento de aquél.

En las páginas subsiguientes, trae a colación doctrina sobre la responsabilidad de los jueces y el Estado, así como la normatividad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia concerniente al error judicial y la culpa exclusiva de la víctima; de igual forma, repasa los fundamentos de su apelación, haciendo especial énfasis en lo argumentado en torno a las conciliaciones, la improcedencia de la consulta, el comportamiento de las directivas del Fondo y la ausencia de dolo en el actuar de su prohijado, tantas veces reseñado.

Para terminar, la defensa solicita que se revoque el fallo impugnado, para en su lugar absolver al procesado CUELLO ROJAS de los cargos formulados y también se dejen sin piso “las demás condenas y las medidas cautelares que pesan en su contra”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Teniendo en cuenta el cargo de Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla (Atlántico) que desempeñaba el procesado LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS para el momento de los hechos y de la relación inmanente de estos con la función asignada al mismo, es la Corte competente para conocer en segunda instancia del fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, bajo cuya ritualidad se ha venido adelantando el trámite procesal.

En efecto, debe partir por recordarse que al sindicado CUELLO ROJAS se

le acusa por haberse valido de esa condición para adoptar varias decisiones tildadas de ilegales, a través de las cuales condenó al Fondo de Liquidación de Pasivo de la Empresa Puertos de Colombia, FONCOLPUERTOS, a pagar millonarias sumas a ex-trabajadores de la compañía, quienes, o no tenían derecho a ellas, o no lo demostraron debidamente en los procesos laborales de conocimiento del funcionario.

En concreto, las actuaciones del juez enjuiciado se dictaron en cuarenta y siete (47) trámites laborales, en los cuales resultaron favorecidos, en las fechas y con los montos especificados en la reseña fáctica consignada en precedencia, múltiples ex-empleados de esa compañía.

Claro está, aunque dichas determinaciones fueron revocadas por vía de consulta por las Salas Laborales de varios Tribunales del país, en últimas lograron ejecutarse a favor de los terceros mencionados, en claro detrimento del patrimonio estatal.

Así las cosas, siendo ese el marco fáctico a que se refiere este proceso, es de esperarse que el recurrente dirija todos sus esfuerzos a tratar de demostrar que las actuaciones de su defendido fueron legales, es decir, que nunca incurrió en el -ya prescrito- delito de prevaricato por acción y, por lo tanto, tampoco en el de peculado por apropiación a favor de terceros, cuya existencia depende del primero.

Empero, como ello lo hace de manera repetitiva y sin observar hilo conductor alguno a lo largo de su libelo, conviene aclarar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 204 de la citada codificación, la competencia de la Corporación frente a este asunto se restringe a lo que fue objeto de apelación y a lo que resulte inescindiblemente vinculado a ésta.

Así las cosas, para una mejor resolución de los temas sujetos a discusión, la Sala adoptará la siguiente metodología: en un primer acápite partirá por responder los principales

argumentos con los cuales el apelante pretende sustentar la legalidad de las decisiones proferidas por su representado, para seguidamente abordar otro capítulo en el que contestará las vastas inquietudes que profusa e indiscriminadamente enuncia en varios apartados del escrito de impugnación.

2. Los principales argumentos con los cuales el impugnante sustenta la legalidad de las providencias dictadas por el sindicato.

El grueso de la argumentación del defensor está enfocado a sustentar la legalidad de las decisiones que adoptó el juez laboral, con el fin de sostener que no puede predicarse respecto de ellas la conducta punible de prevaricato por acción.

Al efecto, dedica varios apartados de su memorial para explicar que las actuaciones del inculcado se ajustaron a Derecho, puesto que se apoyaron en la ley y la jurisprudencia, contando además con amplio fundamento probatorio, del cual destaca las convenciones colectivas.

Así, parece entender que al dejar demostrado que el delito de prevaricato por acción no se ejecutó, no se puede predicar la configuración del de peculado por apropiación a favor de terceros, ya que su estructuración depende del primero, sobre todo en éste asunto, en el que ambas ilicitudes se fundan en las mismas razones, ya que se les “fusionó”.

Claro está, previo a ello, el recurrente pide a la Corporación que analice todos y cada uno de los procesos laborales, aplicando el Derecho Probatorio Laboral, con lo cual se derrumbaría la esencia probatoria del fallo a través del mecanismo de verificar aisladamente cada uno de los factores que gobernaron las decisiones de las Salas de Descongestión Laboral, por medio de las cuales fueron revocadas las decisiones del acusado, en cuanto condenó a la empresa FONCOLPUERTOS a pagar las sumas de dinero solicitadas por los demandantes.

Sin embargo, la Sala hará caso omiso a semejante pedimento, no solo porque el memorialista no lo fundamenta, sino también porque en él recae la carga de encausar los ejes temáticos de la alzada, encontrándose entonces que en su extenso alegato, en ningún momento se refiere de manera específica a lo que fue el sustento probatorio en cualquiera de los 47 procesos laborales en que se emitieron las decisiones ilegales.

En efecto, como se verá a continuación, todos sus planteamientos se caracterizan por su generalidad.

2.1. Valor probatorio de las convenciones colectivas.

Una de las principales tesis que esbozó el Tribunal para fundamentar la condena en contra del juez laboral, atañe al valor probatorio de la convención colectiva, indicando que ninguna de las pretensiones postuladas por los actores tenían la vocación de ser reconocidas, ya que carecían de soporte, pues, el documento aportado por ellos no podía nacer a la vida jurídica, en tanto no cumplió con los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que “no se probó que se: (i) hubiere extendido la convención colectiva, (ii) se hubiere depositado ante el Departamento Nacional del Trabajo, y (iii) que ello se hubiere realizado dentro de los 15 días siguientes a su elaboración”.

Ello, porque presentaron copia de la convención con una impresión de la autoridad regional, en lugar de la certificación de depósito de la oficina respectiva de la Dirección Nacional, tal como lo exigía la normatividad vigente para la época.

El impugnante, por su parte, opina que dicha exigencia no tiene ningún asidero, puesto que los documentos públicos –y sus copias-, tales como las resoluciones expedidas por el Fondo y las actas de conciliación, gozan de presunción de autenticidad, agregando que en este caso nunca se tacharon de falsas, razón por la cual

al juez investigado no le quedó alternativa diferente a la de reconocer las pretensiones postuladas, entre otras cosas porque la entidad demandada asumió una actitud pasiva, pues, no las controvertió y cuando adujo el pago, no lo acreditó documentalmente.

Para la Corte, en lo concerniente al contenido de la referida documentación, está claro que el libelista pasó por alto que la allegada a los asuntos laborales no fue debidamente autenticada, pues, no advierte el riguroso depósito, cuya acreditación se precisa para efectos de tener en cuenta la convención colectiva.

En ese sentido, le asiste la razón al A quo cuando afirma que las convenciones colectivas deben acreditarse con la certificación proveniente de la Dirección General de Trabajo y no con apenas un sello de impresión estampado por la secretaría de una de las oficinas regionales.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica y reiterada al considerar que cuando se trata de verificar la procedencia de los derechos convencionales reclamados, debe establecerse que la presentada como fuente de esas prerrogativas cumple con las exigencias legales, independientemente de que ese aspecto hubiera sido o no planteado por las partes en la demanda o su contestación, pues, los contendientes no tienen el poder de disposición respecto de aspectos jurídicos, y el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es perentorio cuando prescribe que “Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto”.

Efectivamente, en la sentencia CSJ SL, 24 abril 2013, Rad. 43043, ratificó:

«El depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una exigencia de la ley para su validez, como reiteradamente lo ha señalado la Sala en los siguientes términos: “al ser la convención

colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando ... el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo". (Sentencias de 16 de mayo de 2001, rad. N° 15120 y de 4 de diciembre de 2003, rad. N° 21042).

Y en la última de las providencias citadas, fue enfática la Corte al señalar:

"Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo, ni menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquélla sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta...".(resalta la sala)».

En este orden de ideas, si en los trámites laborales no se demostró debidamente que la convención colectiva se depositó de manera oportuna -dentro de los 15 días siguientes a su elaboración- ante la Dirección Nacional del Trabajo, no podía el juez laboral darle efectos jurídicos con la finalidad de atender favorablemente las pretensiones invocadas por los actores.

Esa prueba, como bien lo indicó el Tribunal, sólo podía provenir de la División de Reglamentación y Registro Sindical, porque fue a dicha autoridad a la que el Decreto 2145 de 1992 -artículo 35- le confirió expresamente la función de "expedir certificaciones y fotocopia auténtica de los documentos que reposan en el archivo".

Entonces, no se trataba de hacer un estudio "en estricto derecho" sobre la calidad de las convenciones colectivas, como lo demanda el memorialista, sino en por lo menos

verificar que la documentación aportada para sustentar las mismas, asomaba legal y era auténtica, labor que nunca emprendió el doctor CUELLO ROJAS.

En síntesis, ni aún dentro de la postura más flexible puede permitirse que se deje de demostrar el efectivo depósito de la convención colectiva, en tanto, conforme lo dispone el ya citado artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, sin el cumplimiento de este requisito la misma no produce efectos, incluso porque el depósito sirve de soporte a la definición de la vigencia de aquélla.

En esa medida, las pretensiones que se soportaban en beneficios contenidos en la convención, de ninguna manera podían admitirse, ni mucho menos fundamentar las múltiples condenas en contra de la empresa Puertos de Colombia. De ahí que se estimen acertadas las decisiones de las Salas Laborales de Descongestión que las revocaron en sede de consulta y las consideraron, con sobradas razones, ilegales.

2.2. La disponibilidad jurídica.

En lo que concierne a la disponibilidad jurídica que se pregona del servidor público para efectos de atribuirle el delito de peculado por apropiación, consecuencia de sus decisiones judiciales, no caben los asertos del apelante que desdican de ella.

Sobre el tema, basta significar que de manera pacífica y reiterada la Corte ha cimentado la siguiente postura, completamente aplicable al caso que ocupa ahora su atención²:

«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».

Atendiendo ese parámetro jurisprudencial, que ha sido reiterado pacíficamente por la Sala, se tiene que el procesado sí puede responder por el delito de peculado, porque en su condición de juez laboral desarrolló actos de disposición jurídica sobre bienes del Estado, en el trámite de procesos sometidos a su jurisdicción y competencia, que le imponían un deber funcional al adoptar las decisiones que implicaban una disposición sobre tales bienes o recursos estatales.

En este orden de ideas, frente a la postura de la defensa técnica del sentenciado en su afán de desvirtuar la pacífica posición de la Corte, bien poco puede agregarse, pues, no se encuentran razones para modificarla.

2.3. El estudio conjunto y simultáneo de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

Relacionándolo con el tema de la disponibilidad jurídica, el recurrente cuestiona en varias oportunidades que la configuración de la conducta punible de peculado por apropiación a favor de terceros se haga depender de la estructuración de la de prevaricato por acción, añadiendo que para estimarlas perpetradas se utilizaron los mismos argumentos, puesto que se les “fusionó”. Para ello, de manera insistente alega que las decisiones dictadas por su defendido se ajustaron a derecho, con lo cual entiende que así se desvirtúa el atentado que afectó el patrimonio estatal.

Pues bien, en múltiples ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre la estrecha relación que existe entre ambas hipótesis delictuales en este tipo de asuntos, la cual no se desdibuja por el hecho que una de ellas, la de prevaricato, haya prescrito.

Sobre el tema son innumerables los pronunciamientos de la Corte en este sentido³:

«Ninguna razón asiste a la defensora cuando aduce que la prescripción que se generó y decretó en relación con el delito de prevaricato, impide cualquier valoración sobre las consecuencias de allí derivadas, porque a pesar de la prescripción, la conducta generadora del delito no desapareció del mundo fenomenológico, máxime cuando sus efectos trascendieron como medio idóneo para completar la labor delincencial, esto es, defraudar los intereses económicos estatales a través de fallos ilegales que buscaron asegurar pagos no debidos a extrabajadores de la empresa Puertos de Colombia.

Pero para abundar en razones, se recuerda que la Sala ya ha tenido oportunidad de reflexionar sobre situaciones similares a la aquí alegada, descartando que la prescripción de la acción penal respecto del delito de prevaricato por acción, impida el juzgamiento del peculado por apropiación en favor de terceros que se buscó a través de

ese medio. Así se ha señalado:

“El argumento del apelante -según el cual, una vez precluída la investigación por el prevaricato por acción, se hace imposible juzgar y condenar por el peculado por apropiación- conduciría a concluir que el peculado siempre se comete a través de un delito medio, -generalización que no es cierta- y que ontológicamente no se puede escindir la responsabilidad derivada del delito medio y del delito fin y que todos los punibles, de consuno, forman una gran unidad, único espacio en que se puede hacer el juicio de responsabilidad frente a dicha totalidad.

En el propósito de sacar adelante su hipótesis, el apelante pierde de vista que, una cosa es que no pueda continuarse la investigación ni eventualmente imponerse pena por el posible delito de prevaricato por acción, por haber operado la prescripción de la acción penal; pero otra, muy diferente, es que las consecuencias derivadas de la ejecución de las sentencias, queden por fuera del reproche penal.

El instrumento con el cual se cometió el peculado por apropiación en favor de terceros fue el conjunto de las sentencias en que se favorecieron las pretensiones de los demandantes en los procesos ordinarios laborales; pero el que no se pueda predicar la ilegalidad del instrumento -por prescripción de la acción penal- no conduce a que se niegue la existencia del delito producido con el uso del instrumento.

El razonamiento del recurrente, llevado a otra modalidad delictual a modo de ejemplo, conduciría a afirmar que una vez prescrito el delito del porte ilegal del arma homicida es imposible sancionar el homicidio que se cometió gracias al uso del arma cuya tenencia ilegal no se puede predicar por haber operado el fenómeno extintivo; lo cual raya en el absurdo.

Con la revocatoria de las sentencias ordinarias laborales por parte de la Sala de Descongestión Laboral mediante el grado jurisdiccional de consulta queda en evidencia

que no estaban asistidas por el derecho, y por tanto los pagos que generaron constituyeron una defraudación del erario público (sic); independientemente de que las decisiones sean calificadas de prevaricadoras o no.

Así las cosas, se concluye frente a este punto que, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato por acción en manera alguna inhibe al juez de pronunciarse respecto del delito de peculado por apropiación, tal y como lo plantea erradamente el recurrente».

De esta manera, las decisiones emitidas por el juez CUELLO ROJAS, que fueron determinadas contrarias a la normativa legal en materia laboral, pueden ser valoradas como pruebas del medio a través del cual se logró un beneficio injustificado a favor de terceros y en detrimento del patrimonio estatal.

Por lo tanto, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato por acción en manera alguna inhibe al juez de pronunciarse respecto del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, pues, cuando una tan evidente relación de medio a fin ata esas conductas definidas prescritas, con el resultado que afecta el erario público, incontrastable surge la necesidad de auscultar lo primero, en tanto, ni ontológica, ni jurídica, ni probatoriamente, puede hacerse tabla rasa de ellas.

Huelga decir, por efecto contrario, que si se dejara de lado analizar la justeza o apartamiento de la ley de las decisiones tomadas por el acusado, simplemente, se tornaría inane cualquier posibilidad de verificar cómo se logró esa ilícita afectación patrimonial a favor de terceros, establecido como se encuentra que en razón a esa disponibilidad jurídica atribuida al procesado, es precisamente por ocasión de las providencias cuestionadas que se faculta la obtención del ilícito provecho por parte de los demandantes en los procesos laborales sometidos a su conocimiento.

Todo lo anterior explica el que de manera conjunta y simultánea, se deba analizar la configuración de las conductas punibles de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, independientemente que respecto de la primera, haya operado la prescripción de la acción penal.

3. Los restantes planteamientos.

Como se indicó con antelación, en su extenso discurso el apelante trae a colación infinidad de argumentos para defender las actuaciones de su prohijado, varios de los cuales apenas menciona, sin ningún tipo de respaldo argumentativo.

Otros, en cambio, son analizados con amplitud, aunque innecesariamente, debido a que conciernen a aspectos que no fueron tenidos en cuenta por el juzgador de primer grado para sustentar la condena.

A continuación, la Sala se referirá a unos y otros:

3.1. En primer lugar, debe señalarse que el extenso discurso que elabora el impugnante acerca del precedente judicial y el alcance de las providencias de la Corte Constitucional para explicar el por qué no procedía la consulta en los casos sometidos al conocimiento de su representado, se torna inane, puesto que esta circunstancia, si bien fue tomada en cuenta por la representante de la Fiscalía en la acusación como un indicio grave de responsabilidad en su contra, en últimas fue desestimado por la Sala de Decisión.

Claro está, no sobra acotar que le asiste la razón al defensor cuando adviera que el tema de la consulta no era pacífico para la época en la cual se emitieron los fallos laborales que se predicaban prevaricadores, pues, en efecto, en atención a la naturaleza de la entidad demandada no surgía claro que se tratase en sí misma de “La Nación”.

Sin embargo, parte de una premisa equivocada, como es la de considerar que la omisión de consultar hace parte de los fundamentos de la condena en el fallo atacado, siendo claro que la misma, como se dijo, fue expresamente descartada.

Efectivamente, apoyándose en precedentes de esta Corte, el A quo concluyó que:

“Ahora bien, por otro lado, tenemos que la Fiscalía, tiene como uno de sus argumentos para proferir la resolución de Acusación en contra del aquí procesado, la exigencia de conceder el grado jurisdiccional de consulta, para la época en que ocurrieron los hechos con relación a los sentencias emitidas por su Despacho, omisión realizada por el Juez.

Sobre este aspecto la Sala considera que, el argumento de la Fiscalía General de la Nación, consignado por la Fiscalía 56 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en la resolución de fecha Noviembre 30 de 2011, no es de recibo, por cuanto el tema en cuestión no era pacífico para la época en que se profirieron las providencias cuestionadas. Y ello por cuanto, no se había dilucidado aún que la entidad demandada hiciera parte de la Nación.

Pues bien, al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en varias oportunidades ha señalado que con anterioridad a la sentencia SU 962 de 1999 de la Corte Constitucional era perfectamente posible, sin que siquiera se entendiera error judicial, omitir el grado jurisdiccional de la consulta en los casos en los cuales era condenada la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, indicándose en la jurisprudencia aludida que, “(...) 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 (...)", sentencia inmersa en esta actuación a solicitud de la defensa, por lo cual, con base en la naturaleza de la entidad demandada, cuando el Juez emitió las sentencias que lo implican en la presente investigación, en ese entonces no se tenía claridad de que se tratase en sí misma de la Nación, hasta tanto no existió pronunciamiento de la Corte con la sentencia anotada, en la cual consideró que, por provenir de recursos de la Nación la cancelación de las acreencias en cabeza de FONCOLPUERTOS, todas las sentencias total o parcialmente contrarias a dicha entidad, deben ser consultadas.

De igual manera, en la sentencia 06 de Julio de 2011, Rad, 35415 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, cuando dijo: "... Lo cierto es que para el año 1994 se verificaba admisible la omisión, motivo suficiente para que, como lo pregona la defensora de..., ese hecho por sí mismo no pueda hacerse valer en el cometido de perfilar prevaricador el comportamiento de quien entonces se desempeñaba como Juez...".

Con base en lo anterior, la Sala considera que el hecho de dictarse las sentencias estudiadas y señaladas como prevaricadoras por la Fiscalía Delegada y no haberse ordenado su consulta por el procesado, no constituye una omisión que se le pueda reprochar y con base a ello juzgar, por cuanto no estaba decantado ni era claro que, el ente demandado hiciere parte de la Nación, y, por ende no era obligatorio remitir los fallos que habían dictado en su contra para que fueran consultados al superior.

Precisamente por reconocer esa realidad, la Sala Penal de la Corte ha señalado reiterada y pacíficamente que con anterioridad a la Sentencia SU-962 de 1999, era perfectamente posible, sin que siquiera se entendiera error judicial, omitir el grado jurisdiccional de consulta en los casos en los cuales era condenada la Empresa Puertos de Colombia.

Ya el recurrente citó con amplitud jurisprudencia sobre el tópico, que no se entiende necesario transcribir de nuevo, no sólo por la claridad que encierra, sino en atención a que de ninguna manera ha variado la percepción jurídica que allí se contiene.

Por ello, resulta cuando menos inoficioso todo ese bagaje argumental que deja en evidencia que no leyó juiciosamente la sentencia de primera instancia, pues, de lo contrario, no habría tenido necesidad de defender tan exhaustivamente la dicha postura que, se repite, aboga porque para la época en que se profirieron los fallos laborales, no era necesaria la consulta, habida cuenta que en ese período se verifica plausible la omisión, motivo suficiente para que, como lo pregonan, ese hecho por sí mismo no pueda hacerse valer en el cometido de perfilar prevaricador el comportamiento del inculpatado como juez laboral de la República.

Ahora, con relación a las irregularidades que denuncia, supuestamente observadas en el trámite de esas consultas, basta decirle que ello debió haberse alegado en su escenario natural o incluso apelando a mecanismos protectores alternos, pero no en el curso de presente proceso penal, cuya única finalidad se circunscribió a determinar si a través de los autos y sentencias dictados por el juez laboral, se cometieron o no los atentados contra la administración pública que se le atribuyen.

De igual manera, si le llama la atención que en el 98% de los 6600 casos sometidos a consulta se haya revocado, basta significarle que ello obedeció precisamente a que las Salas de Descongestión verificaron que las pretensiones reconocidas por el juez CUELLO ROJAS, no estaban llamadas a prosperar. De ahí que las informalidades que igualmente menciona, en cuanto a que no se precisó si hubo refoliación o no, o respecto a la sustracción de elementos de materiales prueba -lo cual ni siquiera sustenta-, son apenas un factor distractor y carecen de sentido frente a la solidez probatoria de la condena emitida en contra de su asistido.

3.2. Acerca de las alegaciones en torno a que el juez laboral era ajeno a las decisiones que adoptaban los directivos del Fondo, así como al resultado de las conciliaciones posteriores, ya en anterior ocasión, también en asunto en el que fue condenado CUELLO ROJAS, la Corte consideró que éste argumento no logra conmover los sustentos fácticos del fallo, en tanto, no puede resultar desconocido que en las actuaciones a cargo del funcionario acusado se proferieron sentencias en las cuales se condenó a FONCOLPUERTOS a pagar a favor de los trabajadores demandantes las prestaciones sociales objeto de reclamo, por toda clase de conceptos, lo cual sirvió de sustento a las diligencias de conciliación promovidas posteriormente y el correspondiente pago de las mismas, en seguimiento, precisamente, de “la continuidad y desarrollo del plan preconcebido con distribución del trabajo” (CSJ SP, 3 oct. 2004, Rad. 22141).

En esa medida, para la Corporación es claro que sí existe un nexo de causalidad entre el comportamiento del sindicato, quien emitió providencias manifiestamente contrarias a la ley con el único fin de desangrar las arcas estatales, con lo ocurrido con posterioridad, cuando efectivamente se logró la despatrimonialización pactada desde el comienzo.

En igual sentido, que el dinero producto de las prestaciones reconocidas se haya ordenado depositar en el Banco Popular, también carece de importancia, pues, como lo dijo la Corte en el precedente citado, “no puede olvidarse que la decisión dispositiva de los recursos ya había sido adoptada sin que para efectos de la tipificación de la conducta contra la administración pública resulte relevante el agotamiento”.

4. Conclusión.

Acorde con lo anotado en precedencia, en esta causa está demostrado que a la hora de disponer los reajustes prestacionales en los diversos trámites laborales, el juez

investigado no actuó amparado por la ley, la jurisprudencia o la convención colectiva, toda vez que condenó a la empresa demandada sin ningún fundamento probatorio y de manera ajena a lo acreditado en las actuaciones laborales. Resultado de ello es que las Salas Laborales de Descongestión encontraron una serie de irregularidades en sus providencias, al estimar, acertadamente, que carecían de sustento fáctico, probatorio y jurídico.

Por ello, el A quo advirtió con sobradas razones que una característica común a dichos pronunciamientos, al margen de las similitudes en lo formal, es la falta de motivación.

En tal medida, puede aseverarse que no es cierta la afirmación del memorialista en el sentido de que las decisiones de su prohijado se ajustaron en la ley.

Así las cosas, la condena emitida en su contra será objeto de confirmación, en tanto, se ha verificado que en este asunto efectivamente se colman las exigencias que para dictar sentencia condenatoria demanda el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

5. Pronunciamiento oficioso.

En la dosificación de la pena principal privativa de la libertad, el Tribunal de Barranquilla incurrió en una irregularidad, dado que, si bien fijó legalmente la sanción básica en 60 meses de prisión, luego, al aplicar las reglas punitivas del concurso de conductas punibles, la determinó en 198 meses.

De esta manera, superó el máximo tope permitido para estos casos en el artículo 31 del Código Penal, cuyo límite de “hasta otro tanto” implica que la penalidad restrictiva de la libertad no podía ser superior a 120 meses.

La Corte, en ejercicio de su facultad oficiosa, corregirá dicho yerro del A quo, ordenando entonces ajustar la pena de prisión a esa proporción.

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia del 28 de mayo de 2014, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla condenó al sindicado LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, como autor responsable del concurso de delitos constitutivos de peculado por apropiación a favor de terceros.
2. De oficio, REDOSIFICAR la sanción principal privativa de la libertad, la cual se fija en 120 meses de prisión

Contra este fallo no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Artículos 172, 251, 252 y 254 del C.P.C., 25 del Decreto 2651 de 1991 y 11 de la Ley 446 de 1998.

2 Entre otras, en CSJ SP, 6 marzo 2003, Rad. 18021; CSJ SP, 13 abril 2011, Rad. 35854; y CSJ SP, 28 nov. 2012, Rad. 39871.

3 Entre otros, en CSJ SP, 10 marzo 2010, Rad. 32435; CSJ SP, 14 dic. 2010, Rad. 35025; CSJ SP, 16 marzo 2011, Rad. 35839; CSJ SP, 13 abril 2011, Rad. 35854; y CSJ SP, 1 agosto 2012, Rad. 39243.