



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP19802-2017

Radicación 46166

Aprobado Acta No. 396

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por los defensores de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ y JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, en contra del fallo proferido el 5 de diciembre de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

HECHOS

De acuerdo a lo declarado como probado por el Tribunal, el 7 de febrero de 1996, ante la Inspección Quinta Regional de Trabajo y Seguridad Social de Bogotá, se suscribió el Acta de Conciliación 007, entre el abogado JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, como apoderado de 60 extrabajadores de la *Empresa Puertos de Colombia*, y Luding Pérez Name, en representación del *Fondo de Pasivo Social* de dicha compañía, reconociéndose en favor de aquellos, de manera indebida, una prima proporcional de servicios, lo que generó la reliquidación de sus prestaciones sociales, reconocimiento de diferencias de mesadas y salarios moratorios.

Con fundamento en ese acuerdo, *Foncolpuertos* emitió la Resolución 346 del 20 de febrero de 1996, mediante la cual dispuso ordenar el pago de la suma de \$1.139.660.648,95 a órdenes del abogado RENGIFO MARTÍNEZ, pago que se hizo efectivo mediante nota débito No. 01652 del 22 de febrero de 1996.

Dicha resolución fue firmada por Hernando Rodríguez Rodríguez, en su condición de Director General *Foncolpuertos*, Fernando García Fayad, Coordinador de la Oficina Jurídica, y MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, como Secretario General de dicha entidad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 24 de septiembre de 2004, la Fiscalía Sexta Delegada de Estructura de Apoyo para *Foncolpuertos* ordenó la apertura de la instrucción y dispuso la vinculación al proceso, mediante indagatoria, de Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, Fernando García Fayad, Luding Pérez Name, en su orden, Director, Secretario General, Coordinador de la Oficina Jurídica y abogada de la entidad, así como de los abogados JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ y Rafael Palacio Méndez.

Mediante resolución del 13 de agosto de 2007, se declaró persona ausente a MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ (fl. 62 y s., c. 4).

El 26 de septiembre de 2007, se decretó el cierre de la investigación (fl. 69, c. 4), calificándose el mérito de la instrucción el 29 de abril de 2008 (fl. 133, c. 4) mediante resolución de acusación emitida en contra de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ y JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ por el delito de *Peculado por apropiación* (artículo 397 del Código Penal), en calidad de determinadores. Así mismo, se declaró la prescripción de la acción penal respecto del delito de *Prevaricato por acción* y se ordenó la suspensión de los efectos jurídicos y económicos de los

reconocimientos plasmados en el acta No. 007 de 1996. Se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, en contra de ZABALETA RODRÍGUEZ.

Por resolución del 24 de junio de 2009, la misma Fiscalía Sexta Delegada de Estructura de Apoyo para *Foncolpuertos*, no repuso su decisión y concedió el recurso de apelación interpuesto como subsidiario por la defensa de los procesados (fl. 261, c. 4).

El Fiscal 28 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en su integridad la resolución acusatoria, mediante decisión del 25 de septiembre de 2010 (fl. 25 y ss., cuaderno de segunda instancia).

Le correspondió inicialmente al Juzgado 24° Penal del Circuito de Bogotá adelantar la etapa de juzgamiento (fl 5, c. 5). Posteriormente, por disposición del Consejo Superior de la Judicatura el proceso fue asignado al 1° Penal del Circuito de Descongestión de esta ciudad (fl. 212, c. 5), celebrando la audiencia preparatoria los días 16 de septiembre y 8 de octubre de 2010 (fl. 243 y ss. y fl. 257 y s., c. 5).

El proceso fue reasignado, posteriormente, al Juzgado 22 Penal del Circuito (fl. 1, c. 6) y al Juzgado 50 Penal del Circuito (fl. 496, c. 6). Finalmente se reasignó al Juzgado 16

Penal del Circuito, celebrándose la audiencia pública el 10 de julio de 2013 (fl. 197 y ss., c. 9).

El día 19 de diciembre de 2013, el Juzgado 16° Penal del Circuito de Bogotá emitió la sentencia de primera instancia (fl. 1 y ss., c. 10), declarando responsables a MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ y JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, al primero como interviniente, al segundo como determinador, del delito de *Peculado por apropiación Agravado* (artículo 397 del Código Penal).

Como penas principales, impuso a ZABALETA RODRÍGUEZ, ochenta (80) meses de prisión y multa de 12.028,08 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y, a RENGIFO MARTÍNEZ, ochenta y cinco (85) meses de prisión y multa de 12.028,08 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de las sanciones corporales. También fueron condenados, de forma solidaria, por concepto de daños y perjuicios materiales, al pago de 8.018,72 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se negó a los condenados MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ y JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por los defensores de los acusados, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2014, lo confirmó de manera integral.

Oportunamente los defensores de los condenados ZABALETA RODRÍGUEZ y RENGIFO MARTÍNEZ interpusieron el recurso extraordinario de casación, cuyas demandas fueron admitidas por esta Sala de Casación Penal el 16 de enero de 2017.

Corrido el traslado a la Procuraduría Delegada en lo Penal, fue presentado el respectivo concepto el 29 de junio de 2017.

RESUMEN DE LAS DEMANDAS

1. Demanda presentada por el defensor de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ:

Dos cargos propone el defensor de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero: congruencia.

Con fundamento en la causal segunda del 207 de la Ley 600 de 2000, consistente en la falta de consonancia de la

sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Aduce el recurrente que no fue acatado el principio de congruencia por parte de las instancias, motivo por el cual no se permitió ejercer de manera adecuada el derecho de defensa. La falta de consonancia entre la acusación y la sentencia la refiere en dos aspectos:

En primer lugar, afirma que en la sentencia se sostuvo que la resolución 346 de 1996 fue suscrita por el Secretario General, antes de que lo hiciera el Director General, lo cual fue una excepción a lo que regularmente ocurría, constituyendo un acto de control, sin que esa circunstancia le fuera imputada al procesado en la resolución de acusación.

En segundo lugar, refiere, la sentencia hizo alusión a que el abogado RENGIFO MARTÍNEZ enteró al acusado de los trámites que adelantaba ante *Foncolpuertos*, informándole que gestionaba la entrega de dineros en razón del acto administrativo expedido, aspecto que igualmente no aparecía en la acusación.

Concluye que los dos hechos en cuestión determinaron la condena de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ como «coautor impropio del delito de peculado», no obstante que la defensa siempre alegó su inocencia

fundamentándose en que él no era el ordenador del gasto, ni tenía disponibilidad material o jurídica sobre los bienes del fondo, ni tenía la función de ejercer el control jurídico o contable sobre los mismos, ni su firma era requisito de existencia o validez de los actos administrativos que ordenaban el pago de prestaciones laborales.

Sin embargo, según censura, el Tribunal sostuvo que el acusado sí tenía la función de controlar la legal disposición de los recursos estatales y que su firma sancionaba el acto y autorizaba su contenido y procedencia. Además, sostuvo el fallador, que del relato de RENGIFO MARTÍNEZ se infiere que el Secretario General, al firmar la resolución, sabía del motivo del desembolso.

Cargo segundo –subsidiario-: violación indirecta.

Con fundamento en el numeral 1 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa la sentencia por violación indirecta de la ley, proveniente de un error de hecho por falso raciocinio.

Fundamenta su reparo en la estimación de que en la sentencia se reconoció que no se demostraron las funciones y competencias específicas del Secretario General, encontrándose acreditado que en este caso la administración de los recursos estatales era competencia del Director General de la entidad.

De esa manera, aduce, el fallador de manera equivocada otorgó credibilidad al testimonio de Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, Gerente General de la entidad pública, quien sostuvo que el Secretario General firmó el acto administrativo, como si se tratara de un acto de control, por lo que se partió de la premisa equivocada de que ejercía la custodia, vigilancia y protección de los recursos de la nación, atribuyéndole al procesado el deber funcional de verificar el contenido, procedencia y legalidad de los desembolsos que se ordenaban para los pagos laborales y que firmaba en esa condición de Secretario.

Por tal razón, el fallador vulneró los postulados de la sana crítica, concluye, pues al atribuirle al acusado el deber funcional de controlar la legalidad de los actos administrativos que ordenaban pagos laborales, desconoció la lógica, la experiencia y el sentido común, incurriendo en un error de hecho por falso raciocinio, puesto que resulta absurdo razonar que no obstante existir una serie de oficinas y funcionarios encargados de atender y analizar los reclamos laborales, el Secretario General estuviera en la obligación de revisar nuevamente los soportes, hojas de vida de los peticionarios y los aspectos jurídicos y contables, más aun si se considera que se trata de un funcionario que no es abogado.

Por dicha razón, puntualiza, el Tribunal concluyó que el aporte de ZABALETA RODRÍGUEZ resultó necesario para la realización de la conducta punible. Sin embargo, razona el recurrente, su firma en el acto administrativo era irrelevante y no condicionaba su validez jurídica, sustentándose en decisiones del Consejo de Estado, en las que se puntualizó que en el Secretario no radica la competencia para expedir el acto administrativo.

Por lo tanto, concluye, cuando el procesado ZABALETA RODRÍGUEZ suscribió la resolución 346 de 1996, no prestó ningún aporte esencial para la realización del tipo penal de *Peculado por apropiación*, por lo que su conducta es atípica.

Así mismo, agrega, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, en lo atinente al acuerdo común exigido por el artículo 29-2 del Código Penal, necesario para configurar la coautoría, puesto que no existe prueba alguna que demuestre que el acusado se confabuló con RENGIFO MARTÍNEZ y otros empleados para pagar la suma indebida de que trata el reproche penal.

2. Demanda presentada por la defensa de JOSE FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ:

Cargo primero: nulidad.

Con apoyo en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, demanda la sentencia por ser violatoria del debido proceso al ser proferida en un juicio viciado de nulidad, cargo que se dispone a sustentar conforme al cuerpo primero de la causal primera del referido precepto.

Como sustentación de su reproche, el demandante plantea que el fundamento de la resolución de acusación, de primera y segunda instancia, estribó en la consideración de que el acusado RENGIFO MARTÍNEZ presentó una petición conciliatoria ilegal, en tanto lo reclamado carecía de sustento legal y convencional, siendo ello lo que determinó a los funcionarios de *Foncolpuertos* a acceder a la conciliación y, consecuentemente, a ordenar el pago de las prestaciones indebidas.

Así, puntualiza que en los fallos de las instancias se tuvo como base para la tipificación de la conducta el medio utilizado para la petición conciliatoria, siendo esta la conducta reprochada al acusado al reclamar unas prestaciones no debidas por *Foncolpuertos*, de manera que su comportamiento estribó en la utilización de un medio fraudulento y mendaz para pedir y lograr la conciliación laboral, apto para inducir en error a los funcionarios.

Esa conducta, concluye, según los hechos admitidos como probados por los jueces de primera y segunda instancia, corresponde en su tipicidad a una conducta de

Fraude procesal, prevista en el artículo 182 del Decreto Ley 100 de 1980, y no de *Peculado por apropiación*.

La errónea calificación del delito desconoce el debido proceso, por lo que reclama la nulidad de la actuación desde la resolución del 29 de abril de 2008, mediante la cual la Fiscalía calificó el mérito de la instrucción.

Cargo segundo –subsidiario-: violación directa.

Con fundamento en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor del procesado censura la sentencia del Tribunal de Bogotá por violación directa de la ley sustancial, consistente en la interpretación errónea del artículo 102 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa Puertos de Colombia y los Sindicatos de Trabajadores de los Terminales Marítimos de Barranquilla, Cartagena y la Oficina de Conservación de Obras de Bocas de Ceniza, vigente para el lapso comprendido entre 1991 y 1993, y por falta de aplicación del artículo 89 de la misma Convención.

Aduce el demandante que los falladores se fundamentaron para su decisión, en el concepto remitido por el Ministerio de Seguridad Social, entidad que fue la misma denunciante, tratándose además de una prueba pericial de la cual no se dio traslado a los sujetos procesales.

Por ello, estima que se le dio un «*alcance inusitado*» al artículo 102 de la mencionada Convención, desconociéndose que el último inciso de esa norma reconoce la prima proporcional de servicios, y que si *Colpuertos* no la canceló necesariamente se adeudaba a sus extrabajadores.

La literalidad de dicha norma, impide hacer interpretaciones integrándola con otras regulaciones de la misma Convención o de otros estatutos, que fue lo que hizo el juez *ad quem*.

Por ese motivo, estima el recurrente que se dio una interpretación errónea de aquella disposición, pues le dieron un límite temporal que no tiene, de allí que la petición conciliatoria fue legalmente presentada por el acusado, dejándose de aplicar, a su vez, el contenido del artículo 89 de la misma Convención Colectiva, la misma que permite el pago de primas de servicio como integrantes del salario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante de la Procuraduría General de la Nación conceptuó de la siguiente manera:

1. En relación con la demanda presentada por la defensa de MANUEL HERIBERTO ZABALETA

RODRÍGUEZ:

Sobre el **primer cargo**, subraya que la resolución de acusación, en primera y segunda instancia, guarda relación a que con su firma en el acto administrativo que contenía el acuerdo conciliatorio, el acusado dio fe de que su contenido se encontraba ajustado a derecho y, en consecuencia, resultaba exigible, por lo que ZABALETA RODRÍGUEZ constituía una parte común en la empresa criminal concertada para defalcarse el patrimonio público.

Señala que el procesado fue acusado por la Fiscalía en el sentido de que su firma constituía un requisito para la aprobación del director de la entidad estatal, ostentando una responsabilidad administrativa propia de control.

Adicional a ello, recuerda que la condena del acusado se produjo por su condición de interviniente, pues no obstante no tener el manejo funcional del gasto público, por razón del acuerdo criminal contribuyó eficazmente a la construcción del documento público por medio del cual se hicieron los indebidos reconocimientos pecuniarios.

De manera que tales aspectos consignados en los fallos recurridos fueron previstos en la resolución acusatoria de primera instancia y, en consecuencia, no puede predicarse su falta de consonancia.

En cuanto al **segundo cargo**, releva que no se advierte la presencia de un falso raciocinio en la conclusión del fallador, puesto que si bien ZABALETA RODRÍGUEZ no ostentaba la condición de ordenador del gasto público, dentro del contexto de división del trabajo criminal concurrió a la suscripción del documento para contribuir de manera eficaz a su elaboración, y con ello, obtener el consecuente e indebido beneficio económico para los particulares. Incluso, continúa, fue él quien preparó el estudio jurídico que dio viabilidad a las reclamaciones laborales.

Por ello, concluye, se tornó notoria la responsabilidad penal del procesado.

2. En relación con la demanda presentada por la defensa de JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ:

Sobre el **primer cargo**, manifiesta que de acuerdo al pliego de cargos contenido en la resolución de acusación no medió acto alguno de inducción en error al operador administrativo para la emisión del acto de reconocimiento de derechos en favor de los ex empleados portuarios.

Por el contrario, la condena se fundó en el hecho de que existió un acuerdo criminal entre el procesado y los funcionarios públicos a fin de obtener el reconocimiento de

las prestaciones ilegales y de esa manera defraudar el erario público.

De manera que el comportamiento endilgado al acusado no se corresponde con el tipo penal del artículo 182 del Decreto Ley 100 de 1980 *-Fraude procesal-*, sino al delito de *Peculado por apropiación* previsto en el artículo 133 de ese ordenamiento, puesto que aunque la solicitud elevada por RENGIFO MARTÍNEZ constituía en sí un medio fraudulento, existía una concertada colaboración con los funcionarios para su admisión.

En relación con el **segundo cargo**, aduce la procuradora judicial que, según se señala en la sentencia de segunda instancia, al momento de la liquidación de los trabajadores portuarios se tuvieron en cuenta en su integridad todos los factores salariales contenidos en la convención colectiva de trabajo, por lo que no obstante existir un previo pago, por vía de conciliación se dispuso la cancelación de los valores ya sufragados.

Por eso, la prima proporcional de servicios terminó engrosando de manera indebida el monto de las restantes prestaciones de los extrabajadores, por lo que en la decisión recurrida no se desconoció de manera absoluta el artículo 102 de la Convención Colectiva de Trabajo, ni se dejó de aplicar el artículo 85 de dicha convención, sucediendo en realidad que una vez terminada la relación laboral el pago

proporcional de la prima es un valor estático, que no puede incrementar los demás factores salariales, siendo imposible el aumento progresivo de las acreencias.

CONSIDERACIONES

1. Anotaciones previas

Toda vez que las demandas presentadas fueron declaradas ajustadas a derecho desde el punto de vista formal, conforme con los parámetros del artículo 213 de la Ley 600 de 2000, la Corte analizará de fondo los problemas jurídicos propuestos, de conformidad con los fines asignados en virtud del recurso de casación, especialmente dirigidos a la búsqueda de la efectividad del derecho material, al respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y a la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establecido en el artículo 206 ibídem.

Por lo tanto, a continuación se ocupará la Sala de cada uno de los cargos propuestos por los recurrentes, en el mismo orden presentados. Previo a ello se consignarán los fundamentos de la decisión demandada.

2. Fundamentos del fallo recurrido:

En este orden de ideas, se recordará que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado 16 Penal del Circuito de esta ciudad, al

concluir que se estructuró la conducta punible de *Peculado por apropiación agravado*.

Según el Tribunal, se demostró la responsabilidad penal de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ y JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, este último porque en su condición de apoderado de 60 extrabajadores portuarios suscribió el 7 de febrero de 1996 el acta de conciliación 007, a través de la cual pactó con un representante de la entidad *Foncolpuertos*, el reajuste de las prestaciones sociales, de las pensiones, diferencias de mesadas y sanciones moratorias, producto de computar en su liquidación definitiva la prima proporcional de servicios, pese a estar incluida en los cálculos que para tal efecto realizó la empresa; y, el primero, porque autorizó con su firma la cancelación de las sumas pactadas en el irregular acuerdo, junto con el Gerente General de la entidad y el Coordinador de la Oficina Jurídica, a través de la Resolución 346 del 20 de febrero de aquel año.

En cuanto a la existencia del delito, razonó el juez *ad quem* que de acuerdo a la normatividad vigente, la liquidación de la prima de servicios se debía efectuar con base en lo devengado exclusivamente en el respectivo período, sin que su monto pudiera contabilizarse como factor salarial para definir la siguiente. Del mismo modo, se debía proceder para calcular la prima de servicios proporcional que se pudiera causar a la terminación de la relación laboral, sin que para su

determinación se pudieran incorporar otras prestaciones causadas al mismo tiempo, así como tampoco podía considerarse como integrante del promedio salarial para establecer prebendas del mismo tipo, pues cada una de esas acreencias se debían liquidar de manera autónoma.

De esa manera, la computación de la prima proporcional de servicios necesariamente llevó a acrecentar de manera progresiva las de antigüedad y vacaciones, generándose una reliquidación en espiral de manera injustificada, por lo que no había lugar a imponer correctivo pecuniario alguno adicionando las prestaciones sociales y la sanción moratoria y, en consecuencia, los pagos pactados en la conciliación carecían de sustento legal.

La conciliación 007 de 1996, por lo tanto, resultó manifiestamente contraria a la ley, en detrimento de los bienes del Estado cuando el pago se concretó mediante la Resolución 346 de ese año, estructurándose el delito de *Peculado por apropiación*, previsto en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, reproducido por el artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

En relación con la responsabilidad de JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, precisó el Tribunal que su actuación obedeció a un plan previamente concebido para apoderarse de los bienes estatales, quien además contaba con la preparación profesional suficiente para reconocer la ilicitud

de sus demandas y con el conocimiento sobre el ambiente de corrupción que era público alrededor de la entidad pública de *Foncolpuertos*, advirtiéndose el dolo en su actuación cuando hizo surgir en los servidores públicos la idea criminal de ejecutar el delito contra la Administración Pública.

Subrayó el juez colegiado que el procesado realizó una actuación instigadora de manera secuencial, que encaja en el campo de la determinación como forma de participación criminal.

Respecto a MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, se dijo en el fallo confutado que en su condición de Secretario General de *Foncolpuertos*, suscribió la Resolución No. 346 del 20 de febrero de 1996, mediante la cual ordenó el pago a RENGIFO MARTINEZ de la suma de \$1.139.660.648,95.

Advirtió el Tribunal que aunque en el proceso no se determinaron las funciones y competencias específicas del procesado en su calidad de Secretario General de la entidad, en el contexto en que firmó la resolución emerge con claridad que sus deberes de custodia, vigilancia y protección de los recursos de la nación dimanaban de «*las responsabilidades no solo como funcionario estatal sino por ser inherentes a la función pública que desempeñaba*».

Así, la firma en los actos administrativos mediante los cuales se ordenaba la disposición de los bienes de la entidad pública, se traducían en la capacidad de autorizar la orden y su conformidad con su contenido y procedencia.

Como sustento de su afirmación, el Tribunal recreó el testimonio de Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, Gerente General de la entidad, para inferir que en este caso en particular el Secretario General tenía el deber de ejercer control sobre la legal disposición de los recursos estatales y con su firma, sancionaba el acto que lo autorizaba.

Fue así como concluyó:

[e]n el caso de Foncolpuertos varios directivos intervenían en tal labor, comportando diversos roles, entre los cuales, la del Secretario General de la entidad resultaba obligatoria, por cuanto no solo tenía el deber como servidor público de ejercer control sobre la legal disposición de los recursos estatales sino que, a más de acreditar la firma del gerente, sancionaba igual el acto que así lo autorizaba.

Por consiguiente, si en lo relativo a la citada Resolución 346 de 1996 mediante la cual se ordenó pagar al coprocesado JOSÉ FERNANDO RENGIFO la suma de \$1.139.660.648,95 en cumplimiento a lo acordado en el acta 007, el comportamiento del procesado ZABALETA RODRÍGUEZ consistió en firmarla, después de revisarla junto con su sustento para pasarla luego al director, no se puede concluir que no deba responder penalmente por el cargo atribuido en la resolución de acusación.

Por lo anterior, concluyó el *ad quem*, la forma de intervención en la conducta punible del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ lo es a título de coautor y no de mero interviniente, como equivocadamente lo estimo el juez *a quo*, no obstante mantuvo la decisión en este sentido, por respeto a la prohibición de reforma en peor.

**3. Demanda presentada por el defensor de
MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ:
Cargo primero: congruencia.**

El defensor de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ denuncia la transgresión del principio de congruencia como consecuencia de que los juzgadores desconocieron el núcleo básico de la imputación fáctica consignada en la resolución de acusación.

Se refiere a que el fallo condenatorio se fundamentó en dos circunstancias que no habían sido comprendidas dentro del marco de acusación de la Fiscalía: i) que el procesado ZABALETA RODRÍGUEZ, como Secretario General de *Foncolpuertos*, suscribió la Resolución No. 346 del 20 de febrero de 1996, mediante la cual ordenó el pago a RENGIFO MARTINEZ de la suma de \$1.139.660.648,95, como un acto esencial de control sobre la disposición de los recursos de la entidad; y, ii) que la sentencia hizo alusión a que el abogado RENGIFO MARTÍNEZ enteró al acusado de los trámites que adelantaba ante *Foncolpuertos*, informándole que

gestionaba la entrega de dineros en razón del acto administrativo expedido.

Sin embargo, la simple confrontación del contenido de la resolución de acusación con las consideraciones hechas en la sentencias condenatorias de primera y segunda instancia, permite establecer que se fijaron razones similares para endilgar al procesado su responsabilidad penal como emisor, junto con los otros funcionarios, de la Resolución No. 346 del 20 de febrero de 1996, a través de la cual se materializó el desfalco de las arcas del Estado, en tanto se estimó que la firma de ZABALETA RODRÍGUEZ en dicho acto administrativo, tenía una trascendente connotación jurídica, dando fe de la legalidad del gasto ordenado, además que se encontraba al tanto de la irregular reclamación prestacional.

Así se precisó en la resolución acusatoria:

El cargo de Secretario General si bien dentro de sus funciones no estaba ser ordenador del gasto, también es cierto que la persona que ocupara ese cargo debía ser una persona idónea, con suficiente experiencia en el manejo administrativo, velando y cuidando que el pago de las prebendas laborales que reclamaban los distintos abogados fueran legales: No podemos llegar a firmar (sic) que la función del Secretario General era la de simplemente avalar la firma del director como lo afirma el defensor en sus alegatos, no, pues al estampar su firma en el documento o acto administrativo

(resolución), daba fe de que el contenido de lo reclamado estaba ajustado a derecho.¹

Por su parte, el juez *ad quem*, al analizar la conducta endilgada al acusado, precisó:

[s]i en lo relativo a la citada Resolución No. 346 de 1996 mediante la cual se ordenó pagar al coprocesado JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTINEZ la suma de \$1.139.660.648,95 en cumplimiento a lo acordado en el acta 007, el comportamiento del procesado ZABALETA RODRÍGUEZ consistió en firmarla, después de revisarla junto con su sustento para pasarla luego al director, no se puede concluir que no deba responder penalmente por el cargo atribuido en la resolución de acusación.

En este mismo sentido había razonado en su decisión el juez de primera instancia, dejándose en claro la posición de la judicatura en torno al problema jurídico que venía siendo planteado desde la resolución que calificó el mérito del sumario, relacionado con la trascendencia penal atribuida a la conducta del procesado en torno al hecho de haber firmado, en su condición de Secretario General, el acto administrativo que dispuso el irregular desembolso de los dineros, en detrimento del haber patrimonial de la entidad del Estado.

Como puede verse, tales consideraciones guardan identidad fáctica con el acto de calificación sumarial, en la

¹ Fl. 149, Cuaderno Original 4.

que de igual manera, siguiendo los requisitos previstos en los numerales 1° y 3° del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, se fijó el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, puntualizándose por parte del acusador que la firma del Secretario General cumplía un cometido jurídico relevante, al dar constancia que el contenido del acto administrativo se ajustaba a derecho.

Pero además, el debate siempre giró en torno a dicho tema, negándose por la defensa del acusado la trascendencia que se dio desde la etapa instructiva del proceso a la rúbrica del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ en el acto administrativo, evidenciándose con ello que sobre dicho núcleo fáctico versó la controversia probatoria y que, por lo tanto, el procesado ejerció de manera integral su derecho de defensa, sin que haya recibido un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en la acusación.

Las anteriores precisiones permiten advertir que la sentencia se ajustó a los términos de la resolución de acusación en cuanto a la imputación fáctica y jurídica de la conducta que estructura el reprochado delito de *Peculado por apropiación*, debiéndose señalar que, como de manera repetida lo ha precisado esta Sala, la congruencia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el fallo, sino el señalamiento de un eje

conceptual fáctico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso².

Dicho eje conceptual fue guardado en las sentencias, incluso bajo la consideración de no reformar en peor en segunda instancia la forma de participación atribuida al procesado, no obstante la apreciación del Tribunal de que su actuación correspondió al de un coautor del delito.

Por lo tanto, se ofrece infundado el reproche del demandante, quien en realidad lo conduce a un tema de valoración probatoria, cuando en últimas lo que alega es que los testimonios de Hernando Rodríguez Rodríguez y de JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, no habían sido tenidos en cuenta en la resolución acusatoria, aspecto meramente probatorio sobre el cual no se puede edificar la crítica al principio de congruencia.

En consecuencia, no encuentra la Sala que en ese aspecto denunciado por el demandante se haya afectado el ejercicio del derecho de defensa del procesado y, en consecuencia, la censura no tiene vocación de éxito.

Cargo segundo –subsidiario–: violación indirecta.

² Cfr. CSJ AP, 14 feb. 2002, rad. 18457. En el mismo sentido, CSJ SP, 24 ene. 2007, rad. 23540 y CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 25587.

Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley, proveniente de un error de hecho por falso raciocinio.

Fundamenta su reparo en la consideración de que el procesado, en su calidad de Secretario General de *Foncolpuertos*, no tenía la administración de los recursos estatales y, por lo tanto, no ejercía sobre ellos funciones de custodia, vigilancia y protección.

Se recordará que el Tribunal adujo al respecto que no obstante la ausencia de una prueba documental con la que se acreditaran las funciones y competencias específicas que concernían al Secretario General de *Foncolpuertos*, sobre él recaían deberes de vigilancia y protección de los bienes públicos asignados a esa entidad, lo cual dimanaba de las responsabilidades que le eran inherentes como funcionario estatal y, en concreto, de las competencias asignadas al cargo desempeñado.

Pero además, razonó el Tribunal, la prueba de su responsabilidad se asienta en el testimonio de Hernando Rodríguez Rodríguez, para entonces Gerente General de la entidad pública, quien de manera detallada relacionó cada uno de los trámites que se adelantaron desde la reclamación llevada a cabo en nombre de los trabajadores, hasta la final expedición de la Resolución No. 346 del 20 de febrero de 1996, mediante la cual ordenó el pago a órdenes del abogado FERNANDO RENGIFO MARTINEZ de la suma de

\$1.139.660.648,95 (fl. 42 y ss., c. 1), subrayando dicho funcionario que el Secretario General al firmar el referido acto administrativo ejerció un *acto de control*.

Como consecuencia de dicha valoración, se dedujo la responsabilidad del acusado por el delito de *Peculado por apropiación Agravado*, en calidad de coautor –no de interviniente, como resolvió el *a quo*-, entendiendo que la suscripción de la resolución comentada implicó la apropiación en provecho de terceros de los bienes del Estado que se encontraban bajo su administración o custodia en razón de sus funciones.

Para resolver sobre el tema planteado, la Sala estima necesario revisar, en primer lugar, el régimen de organización de las entidades públicas en Colombia y la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en estructuras organizacionales. Con base en lo cual, se estudiará el caso concreto.

1) El modelo de organización de las entidades públicas en Colombia y la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en estructuras organizacionales:

En el sector público, el cumplimiento de las funciones relacionadas con la administración de los recursos, es una actividad compleja y acumulativa que requiere la intervención

de varios funcionarios, encontrándose regida por el principio de coordinación administrativa, según el cual, la función pública se organiza en un sistema de jerarquía funcional en el que bajo una autoridad jerárquicamente superior, responsable de la orientación, vigilancia y control de las actividades, otros servidores se encargan de la ejecución de cada una de las labores planeadas³.

Lo anterior responde al sentido constitucional de la función administrativa gobernada por «*los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*» (artículo 209 de la Constitución Política), afin a un modelo de funciones por cargo, dentro de una estructura esencialmente jerárquica, determinada por los principios de división técnica del trabajo, especialización y complementariedad⁴.

Así lo ha caracterizado la Corte Constitucional:

La estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que, en mayor o menor grado y/o número, intervienen en los procesos decisorios. El modelo de organización de las entidades públicas corresponde a la división de funciones por cargo (C.P., arts. 6º, 122 y 124), en donde no se encuentra la asignación individual de procesos sino más bien la participación fragmentada y acumulativa en

³ CC C-693 de 2008.

⁴ RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS. *Atribución de Responsabilidades en el Derecho Penal de la Empresa*. En: Memorias XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001, págs. 243 – 284.

*procedimientos, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados, en ocasiones de diferentes dependencias.*⁵

De manera que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en la administración pública, implica que la responsabilidad penal se puede derivar no solamente para quien ostenta la disponibilidad material de los bienes oficiales, sino para todo aquel funcionario que en virtud de la asignación de competencias dentro del equipo de trabajo ostente una disponibilidad jurídica en orden de hacer posible el detrimento patrimonial del Estado, bajo el supuesto del conocimiento exigido por el dolo y del principio de esencialidad de su intervención.

Es por lo anterior que esta Sala, en materia del delito de *Peculado por apropiación*, tiene precisado que el ámbito funcional exigido por el tipo en materia de imputación subjetiva, no se refiere exclusivamente a una facultad estrictamente definida en la Constitución, la ley o los reglamentos, pues también tiene lugar cuando en la organización estatal se fracciona la administración de los bienes públicos, habida cuenta que no es posible exigir que la referida actividad estuviese concentrada en un solo

⁵ CC C-372 de 2002.

individuo, quien sería el único que podría cometer dicha conducta punible⁶. De allí que:

[l]a 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.⁷

Desde hace tiempo la Corte ha señalado en torno a la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto de la conducta de *Peculado por apropiación* y los bienes oficiales cuya custodia ostenta «*por razón o con ocasión de sus funciones*», que la misma no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada que delimite una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone, significándose con ello que lo trascendental es la posibilidad de ejercitar un poder de disposición sobre los recursos del Estado, pudiéndose incluso tipificar el delito cuando su administración derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

Así se ha precisado:

⁶ CSJ SP, 25 feb. 2004, rad. 19866

⁷ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021

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

Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o

*parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita.*⁸

En síntesis, en la estructura del delito de *Peculado por apropiación*, aparte de la calidad de servidor público del autor, la conducta de apropiación de los bienes del Estado puede llevarse a cabo no solamente por el funcionario que tenga bajo su cargo la custodia material de los mismos y la potestad del gasto público, sino también por aquellos otros servidores que dentro de la estructura organizacional de la entidad sostengan sobre ellos un vínculo funcional que les permita su disposición jurídica, no siempre derivado de una asignación legal o constitucional, sino también en virtud de la distribución de tareas definida por el director de la empresa estatal.

Lo anterior sin perjuicio de comprender que en la configuración de la conducta punible, el principio de responsabilidad subjetiva impone que el individuo responda por sus decisiones y no por aquellas que incumben a los demás, de allí que el compromiso penal del funcionario público se deriva exclusivamente del propio ejercicio del cargo, por infringir la Constitución y la ley y cuando incurra en actos de omisión, abuso o extralimitación de sus funciones, lo que encuentra fundamento constitucional en el artículo 6° de la Carta Política.

⁸ CSJ AP, 4 oct. 1994, rad. 8729. En el mismo sentido, CSJ SP, 2 oct. 1997, rad. 11657; CSJ SP, 3 nov. 1998, rad. 10778; CSJ SP, 5 oct. 2006, rad. 25290.

Por ello, la culpabilidad se erige en presupuesto necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado no se puede fundar en la mera responsabilidad objetiva, proscrita por el artículo 12 del Código Penal. En un derecho penal de acto, la culpabilidad que cabe al autor es por el hecho cometido.

2) Del caso concreto:

En el presente caso debe admitirse que en su condición de Secretario General de la entidad pública a la que se encontraba vinculado, el acusado ZABALETA RODRÍGUEZ no tenía asignada la función de administrar los recursos estatales y, mucho menos, la de disponer del gasto público, pues esas facultades se encontraban asignadas al Gerente General, quien ostentaba la representación legal de la entidad, según lo previsto en el artículo 7 del Decreto 36 de 1992, por medio de la cual se creó el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, se determinó su estructura, organización y funcionamiento.

Sin embargo, aceptada como incontrovertible esa condición del procesado, se terminó concluyendo por el juez colegiado que su compromiso con la vigilancia, custodia y protección de los recursos estatales dimanaba: i) de un

deber general derivado de su condición de servidor estatal y de la función pública que desempeñaba; y, ii) de la concreta circunstancia de haber firmado el acto administrativo que ordenó la erogación de los dineros para el pago de las prestaciones laborales indebidas.

Sobre estas dos condiciones, debe decirse:

a) Responsabilidad penal derivada de los deberes generales por la condición de servidor estatal y de la función pública que desempeñaba:

En lo que tiene que ver con el primer aspecto, es cierto que existen unos deberes generales asentados en todo servidor público, emanados no solamente del principio consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política, sino también de otras normas de orden superior, tales como: artículo 90 (*«el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste»*); artículo 92 (*«cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas»*); artículo 121 (*«ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley»*); artículo 122 (*«no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*

(...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas»; y, artículo 123 («los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento»)⁹.

Lo anterior para significar que desde la misma Carta fundamental se derivan deberes y obligaciones con claro sentido axiológico para quienes participan de la condición de funcionarios oficiales, muy especialmente en lo que concierne con la guarda y custodia de los bienes públicos, pues tales predicados se dirigen a promover la creación de mecanismos de control destinados a «evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren»¹⁰.

Lo que no resulta acertado es deducir deberes de garante en materia penal para todo aquel que en su calidad de servidor público representa al Estado, sin reparar en el hecho de que su conducta puede dar lugar a los diferentes tipos de responsabilidad sólo en la medida en que la ley concrete las faltas, los compromisos consecuentes y la manera de su realización, como lo prevé el artículo 124 de

⁹ Cfr. en este sentido, CC C-908 de 2013.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, 4 ago. 2003, rad. 1497.

la Constitución Política (*«corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva»*), lo que se concreta en la regulación de las prohibiciones o mandatos consignados por el legislador en virtud del principio de tipicidad.

Es por ello que no se ofrece admisible que el juicio de responsabilidad del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ se fundamente en predicados generales relativos a los deberes de los funcionarios públicos, como aquello de que *«estaba en la obligación de custodiar, vigilar y proteger los recursos de la Nación, por cuanto esos deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades no solo como funcionario estatal sino por ser inherentes a la función pública que desempeñaba»*.

Desconoció el juez *ad quem* en la fundamentación del compromiso penal del procesado, que esos deberes de custodia y protección deben estar referidos al ejercicio de sus funciones, por lo que la atribución de su responsabilidad subjetiva tiene que plantearse necesariamente en el campo de las acciones realizadas u omitidas en razón de las obligaciones que le estaban encomendadas de manera constitucional, legal, reglamentaria o en virtud de los mandatos administrativos dentro del contexto jerárquico de la entidad a la que se encontraba adscrito y de acuerdo a las competencias asignadas.

A esos aspectos, en particular, debió conducirse el tema de prueba, por lo que no pueden ser de recibo, a efectos de establecer la responsabilidad penal del acusado, la invocación de deberes generales por la condición de servidor estatal y de la función pública que desempeñaba, cuando los mismos no fueron cristalizados en un compromiso jurídico concreto frente a los bienes que fueron objeto de apropiación.

b) La responsabilidad penal atribuida por el hecho de haber firmado el acto administrativo que ordenó la erogación de los dineros para el pago de las prestaciones laborales indebidas –deberes funcionales del procesado-:

La responsabilidad penal debe concretarse en hechos debidamente demostrados relacionados con los elementos que estructuran el tipo penal.

En este sentido, viene al caso recordar que sobre el aspecto objetivo del delito de *Peculado por apropiación*, la Sala ha señalado que se trata de una conducta de resultado, eminentemente dolosa, cuya estructura básica corresponde a: i) un tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor; 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 funciones¹¹.

Por lo tanto, como tema obligado de prueba, aparte de la condición de servidor público del procesado, aspecto que no se remite a controversia alguna en este caso, debió el acusador ofrecer los medios de conocimiento que determinarían el abuso del cargo o de la función por la realización de la conducta de apropiarse «*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*», en el sentido que en esta decisión se ha precisado en torno a la relación jurídica o material entre el funcionario y la conducta en el delito de *Peculado por apropiación*, esto es, no necesariamente determinada por una competencia legal sino por la simple disponibilidad sobre la cosa, surgida por la dependencia en el ejercicio de un deber de la función.

Sin embargo, en el presente caso ninguna información se tiene de las competencias que estaban asignadas a ZABALETA RODRÍGUEZ, en su calidad de Secretario General, desconociéndose además cuáles eran en realidad las funciones que desempeñaba y que permitieran siquiera asumir que tenía algún vínculo dispositivo, material o

¹¹ CSJ, AP, 6 feb. 2013, rad. 38783

jurídico, con los recursos adscritos a la entidad estatal de *Foncolpuertos*.

De hecho, al elevarse la consulta sobre la materia al Departamento Administrativo de la Función Pública, se obtuvo como respuesta que «no existe disposición de carácter general que disponga las funciones específicas del empleo de Secretario General de Establecimiento Público»¹².

No obstante, en el mismo informe se hizo referencia a la descripción de la naturaleza general de las diferentes denominaciones de empleo previstas en el Decreto 2759 de 1979, entre ellas las de Secretario General de Superintendencia o entidad descentralizada, habiéndose resaltado por parte del *ad quem* la analogía de la función de «dirigir y controlar los procesos administrativos y financieros de la institución en todos los niveles», aspecto con el que tampoco es posible determinar una real disponibilidad de los bienes públicos por parte del procesado.

Al respecto, valga recordar que el Tribunal, a falta del material probatorio allegado al proceso que pudiera ofrecer una adecuada explicación sobre cuáles en realidad eran las funciones que se encontraban asignadas al Secretario General del *Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia*, recurrió para su fundamentación al testimonio del otro procesado, RENGIFO MARTINEZ, y de quien

¹² Cfr. fl. 24 y ss., c. 5.

ostentaba la dirección de la entidad, Hernando Rodríguez Rodríguez, para inferir la existencia de un aporte esencial del acusado en la realización de la conducta punible, bajo el entendido de que los actos administrativos a través de los cuales se resolvían las peticiones de reconocimiento de prestaciones sociales, pensiones, reliquidaciones, etc., eran el resultado de una labor múltiple y compleja en la que dicho funcionario desempeñaba un rol esencial para la sanción del referido acto.

Es cierto, como se consignó en la sentencia recurrida, que al ser interrogado durante su indagatoria el entonces Gerente General de *Foncolpuertos*, Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, describió el proceso administrativo que debía adelantarse para el pago de las reclamaciones de prestaciones sociales, desde la radicación de la solicitud hasta la expedición del acto administrativo que lo ordenaba.

Narró que la solicitud se repartía a los abogados adscritos a la Oficina Jurídica, donde se conceptuaba sobre la viabilidad de la reclamación, luego a la Oficina de Prestaciones Económicas para hacer las liquidaciones correspondientes y, a efectos de su conciliación, regresaba a la Oficina Jurídica, donde se elaboraba la resolución de pago y, luego de la firma del coordinador jurídico, se remitía a las oficinas de control. Finalmente, el acto administrativo con sus soportes era presentado para su firma al Gerente General y, luego, al Secretario General.

Había ocasiones, entre ellas la referida a la Resolución 346 de 1996, según precisó Rodríguez Rodríguez, en las que el Secretario General ejercía «*un acto de control*».

Así, en extenso, lo sostuvo Rodríguez Rodríguez en su indagatoria:

Todas las reclamaciones se recibían por la oficina de radicación debidamente computarizadas, allí se hacía un consecutivo, se enviaba a la oficina de Gerencia, allí se repartían de acuerdo al tema, en este caso a la oficina jurídica, que era la encargada de hacer estas conciliaciones. Este documento se repartía por parte del Coordinador a los abogados correspondientes de acuerdo a la materia, ellos estudiaban su viabilidad legal, si era viable continuaba su trámite, de lo contrario, regresaba a los reclamantes, en este caso seguramente fue a la Oficina de Prestaciones Económicas para hacer las liquidaciones correspondientes, allí igualmente sufría un trámite, en este caso regresaba de la Oficina de Prestaciones Económicas a la Oficina Jurídica para hacer la conciliación si resultaba viable. El Director de la Oficina Jurídica nombraba un abogado para conciliar, el Director de la Oficina Jurídica me llevaba el poder para el abogado que él designaba. Hecha la conciliación regresaba la conciliación a la oficina jurídica, allí se producía entonces la resolución de pago, soportada naturalmente por los conceptos jurídicos etc., luego el Coordinador de la Oficina Jurídica la suscribía, esas eran funciones que tenían tanto Jefes de Oficina como Liquidadores, etc. Producido el acto administrativo iba a auditoría interna y a las demás dependencias de Control. Finalmente era presentado con todos sus soportes al Director

*General para su firma y luego la del Secretario General, pero en muchas ocasiones como en esta el Secretario General, inclusive, firmaba antes como un acto de control.*¹³

Supuso el juez *ad quem* que ese acto de control comprendía la verificación de la legalidad del acto administrativo y el aval para el millonario desembolso, siendo su intervención esencial para la defraudación económica al Estado, esto es, que con ello prestó su concurso necesario para la consumación del injusto, lo cual fue refrendado con su firma en el acto administrativo que ordenó el millonario desembolso a costo de la nación. Así lo concluyó:

Y si bien es cierto en esa calidad no tenía a su cargo el patrimonio asignado a Foncolpuertos, también los (sic) es que dentro de su ámbito funcional debía refrendar y de hecho refrendó las resoluciones mediante las cuales se disponía de esos haberes, es decir, tenía injerencia sobre la disposición de los valores objeto de erogación, así no fuera de manera directa.

Sin embargo, observa la Sala, no es posible establecer en este caso a qué acto de control hizo referencia Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, esto es, no se determinó si se trataba de un control material sobre la legalidad del acto administrativo o de un simple control formal relativo al cumplimiento de los procedimientos necesarios para la expedición de la resolución de pago, resultando especulativo

¹³ Fl. 166 y s., cuaderno original 3.

asumir que dentro de las competencias del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ se encontraba la función de refrendación.

Resulta cuando menos incomprensible que el Secretario General estuviera en la obligación de realizar adicionales controles presupuestales y jurídicos, cuando se sabe que existía en la entidad todo un entramado de actuaciones funcionales acumulativas y condicionadas que precedían a la expedición del acto administrativo, entre ellas las realizadas por funcionarios encargados de ejercer supervisiones jurídicas, de auditoría y de viabilidad legal y presupuestal. Si así fuera, es un hecho indemostrado dentro de la actuación procesal.

Además, la rúbrica del procesado al lado de la del Gerente General y del Director Jurídico de la entidad en la resolución que ordenó el pago prestacional, tampoco supone que a su cargo se encontrara obligado al control jurídico y material de la actuación administrativa.

De hecho, el mismo Tribunal admite que durante el proceso *«no se determinaron las funciones y competencias específicas que concernían al Secretario General de Foncolpuertos, dada la precaria actividad probatoria e inercia investigativa en la instrucción»*, concluyendo que en la disposición de recursos estatales *«ninguna competencia ni intromisión»* tenía el procesado, no obstante lo cual, en clara transgresión del principio lógico

de no contradicción, termina concluyendo que *«en razón de su deber funcional le atañía verificar su fundamento y legalidad»*.

Precisamente, el desconocimiento de sus funciones es lo que en últimas arroja perplejidad sobre la actuación del acusado ZABALETA RODRÍGUEZ, por lo que si no se demostró que recaía sobre él ninguna competencia material en el manejo, administración o disposición de los recursos públicos, no podría inferirse que dentro del ámbito de sus deberes específicos se hallaban los de control y vigilancia sobre los mismos.

Adicionalmente, en su fundamentación el Tribunal, ante la ausencia de prueba que determine la vinculación del procesado con los bienes del Estado objeto de defraudación, acude a reprochar su descuido, aduciendo que cualquier servidor público, bajo responsabilidades semejantes a las que eran inherentes al cargo que desempeñaba, habría procedido a examinar la procedencia y verificar la legalidad del capital erogado, con mayor razón dentro del contexto de corrupción que se desarrollaba en torno a la referida entidad estatal.

No obstante, difícilmente podría erigirse el compromiso de responsabilidad dolosa del acusado sobre la falta de cuidado en su actuación, cuando igualmente se desconoce cuáles eran los deberes que tenía asignados dentro del engranaje funcional de la empresa estatal. Pero aún en el

evento en que se quisiera imputar en su ámbito de responsabilidad penal una infracción negligente a los deberes de control y vigilancia, ninguna consecuencia tendría en proyección del delito de *Peculado culposo*, en tanto en la estructura típica de este también se requiere la existencia del mismo vínculo funcional con los bienes públicos.

Adicionalmente, debe decirse que el coprocesado JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, reconoció en su indagatoria que tuvo contacto con ZABALETA RODRÍGUEZ, afirmando que fue «*quien instruyó la parte jurídica de estas mismas reclamaciones*»¹⁴.

No obstante, como bien lo reconoció el *ad quem*, de allí no puede desprenderse el sentido de responsabilidad funcional cuando no existe ningún elemento de juicio que avale la idea de que esas actividades hacían parte de sus competencias, sabiéndose además que la reclamación surtió un estudio jurídico dentro del departamento creado al interior de la entidad para esos efectos. Por eso, de aquella expresión no puede afirmarse que el acusado fue quien preparó el estudio jurídico que dio viabilidad a las reclamaciones laborales, como lo hace la delegada de la Procuraduría.

3) Conclusiones:

¹⁴ Fl. 133, c. 3.

Los graves problemas de imputación penal dentro de las actividades delictivas cometidas en el seno de estructuras jerárquicas empresariales del Estado, no pueden ser resueltos a través de generalizaciones que desconocen, como en el caso de la decisión que es objeto de revisión, el principio de responsabilidad subjetiva, según el cual el individuo responde por sus decisiones y no por aquellas que incumben a los demás.

En ese sentido, el principio de necesidad de la prueba previsto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, conforme al cual, toda providencia debe sustentarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, condiciona al funcionario judicial a deducir la responsabilidad penal de cada individuo con fundamento en los elementos de conocimiento allegados a la actuación.

El Tribunal reconoció en la decisión que es objeto de la demanda de casación, que no se probaron las funciones y competencias específicas que concernían al Secretario General del *Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia –Foncolpuertos–*. No obstante, a renglón seguido concluye que en virtud de ese cargo, el acusado ZABALETA RODRÍGUEZ «estaba en la obligación de custodiar, vigilar y proteger los recursos de la Nación». Con ello, incurrió en un error consistente en falso raciocinio por transgresión del principio lógico de no contradicción.

Pero además, a pesar de admitir la ausencia de prueba sobre la función específica que competía al procesado, el Tribunal supuso que sobre él recaían deberes de vigilancia y control del gasto público, lo que dedujo, en primer lugar, a partir de unos principios generales de guarda y protección inherentes a todo funcionario del Estado y, en segundo lugar, del testimonio del entonces Gerente General del ente oficial, Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, quien sostuvo que con su firma el Secretario General ejercía «*un acto de control*».

En relación con el primer aspecto, desconoció el *ad quem* que la misma textura abierta de las disposiciones axiológicas y del orden de principios, requiere de su delimitación a través de las leyes penales, en las que en función del principio de tipicidad se deben determinar los límites de la prohibición.

Es por eso que no puede fundarse la responsabilidad penal en un enunciado general de valores, relativo a la obligación de todo funcionario estatal de custodiar, vigilar y proteger los recursos de la nación, si de por medio no existe una disposición legal o administrativa que le imponga de manera directa esos deberes como consecuencias de las funciones de su cargo, bajo el entendido de que el servidor público solo puede adelantar las tareas expresamente consignadas en la ley.

En relación con el segundo aspecto, es evidente que el juez *ad quem* incurrió en un error por falso juicio de identidad por adición, cuando al testimonio de Rodríguez Rodríguez agregó circunstancias o aspectos relevantes que no corresponden a su texto atinentes a las funciones públicas del acusado.

El declarante no aludió a qué clase de control estaba vinculada la función realizada por el Secretario General del *Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia – Foncolpuertos-*, por lo que el juicio de responsabilidad consignado en la decisión recurrida respondió, en una suerte de asunción de garantía, a criterios especulativos y aventurados, asociados al hecho de que el acto administrativo mediante el cual se reconoció y ordenó el pago del acta de conciliación, fue firmado por el procesado como Secretario General, al lado de la rúbrica del Director General y del visto bueno del Coordinador de la Oficina Jurídica.

Lo expuesto obedece a la idea de que la condición del funcionario público como fuente de imputación no es algo que pueda construirse de manera formal, sino que exige atender siempre el contexto en que se desarrolla la puesta en práctica de su posición funcional, lo cual debe estar soportado por la prueba legalmente incorporada a la actuación.

En este caso, surge evidente que lo decidido por los falladores ordinarios corresponde a la atribución de una responsabilidad objetiva, derivada para el procesado de unos deberes de control y vigilancia supuestos y que no consultan la realidad demostrada a lo largo del proceso en función de las competencias asignadas al cargo que desempeñaba en la empresa estatal.

Así las cosas, es ostensible que la responsabilidad penal del acusado MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ se soportó en evidentes y trascendentes errores, por lo que en relación con el cargo formulado se impone casar la sentencia a efectos de revocar la condena proferida contra él y en su lugar emitir sentencia absolutoria.

3. Demanda presentada por la defensa de JOSE FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ:

Cargo primero: nulidad.

El demandante plantea la nulidad de la actuación al considerar que, según los hechos admitidos como probados por los jueces de primera y segunda instancia, corresponden en su tipicidad a una conducta de *Fraude procesal*, y no de *Peculado por apropiación*, en tanto el comportamiento reprochado al acusado se refirió a la utilización de un medio fraudulento y mendaz para pedir y

lograr la conciliación laboral, apto para inducir en error a los funcionarios de *Foncolpuertos*.

Aunque ningún esfuerzo lleva a cabo el demandante por demostrar la manera cómo la calificación jurídica de la conducta pudo haber socavado el debido proceso del acusado, encuentra la Sala que tampoco acierta al suponer que el hecho objeto de enjuiciamiento corresponde en su tipicidad al delito de *Fraude procesal*, previsto en el artículo 182 del Decreto Ley 100 de 1980.

De acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes asumidos como probados por las instancias y que corresponde al marco fáctico de la acusación, se tiene que la actuación desplegada por el procesado JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ consistió en presentar para su reclamación una serie de acreencias y prestaciones laborales no debidas, con conocimiento de su ilicitud, promoviendo de esa manera en los funcionarios públicos la ejecución del delito de *Peculado por apropiación*.

Ese comportamiento, sin duda, corresponde al concepto de instigación, inducción o determinación en la realización del injusto doloso, al provocar, de forma idónea y eficaz, la resolución delictiva en quienes por su calidad especial estaban en condiciones de ejecutar el comportamiento lesivo contra la administración pública, sin

que tenga cabida la posibilidad de tipificar dicha conducta como un *Fraude procesal*.

Al respecto, importa precisar que dicha forma de participación criminal se presenta cuando: i) exista un vínculo entre el hecho principal y el delito realizado por el inductor, concretando en una doble relación de causalidad: de un lado, entre la inducción determinación y la decisión de cometer el delito y, de otro, entre esta y la conducta realizada; ii) la actuación del instigador resulte determinante, en cuanto ocasione la resolución en el autor por cometer la conducta punible; iii) la conducta inducida se consume o alcance el grado de tentativa; iv) el inductor carezca del dominio del hecho; y, v) el determinador actúe de forma dolosa en relación con la ejecución del hecho principal.

En este sentido, la petición conciliatoria ilegal presentada por el acusado RENGIFO MARTÍNEZ en representación de los 60 trabajadores de la *Empresa Puertos de Colombia* participaba de cada una de dichas características, siendo importante destacar en punto de la crítica presentada por el demandante, que esa actuación estaba dirigida a determinar en los funcionarios públicos adscritos al *Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia* la realización del tipo penal de *Peculado por apropiación*, ejecutado no como consecuencia de un error

inducido sino de una idea criminal provocada por el determinador.

Precisamente, la diferencia entre el delito de *Fraude procesal* y la forma de participación como determinador de la conducta punible de *Peculado por apropiación*, estriba en este caso en que en el primero se induce a un error y en el segundo a la realización de una conducta punible.

Valga decir, se presentaría el injusto de *Fraude procesal* cuando a través de instrumentos engañosos, idóneos y eficaces, usados de manera maliciosa, se encamina hacia un raciocinio errado al servidor público, provocando el yerro intelectual sobre el asunto que debe resolver y obteniendo así una consecuencia jurídica consistente en la emisión de un acto administrativo, una resolución o una sentencia que se aparta del ordenamiento jurídico, distinta a la que se impondría si el funcionario hubiera conocido la verdad de la situación.

En el presente caso, el acusado no empleó artificio, ardid o mentira, con el fin de hacer incurrir en error a los funcionarios del *Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia*, sino que a sabiendas de que estos podían disponer del patrimonio del Estado, los indujo a la comisión de conductas punibles dirigidas a la apropiación indebida de los recursos, ordenándose de manera dolosa el pago de millonarias prestaciones económicas a través del acto de

conciliación y de la emisión de la Resolución 346 del 20 de febrero de 1996, mediante la cual se dispuso cancelar la suma de \$1.139.660.648,95 a órdenes del determinador RENGIFO MARTÍNEZ, pago que se hizo efectivo mediante nota débito No. 01652 del 22 de febrero de 1996.

Por lo tanto, aunque puede ser cierto que se empleó un medio fraudulento y mendaz para pedir y lograr la conciliación laboral y, con ello, el pago de unas acreencias no debidas, tales condiciones carecieron de la vocación de inducir en error a los funcionarios de *Foncolpuertos*, porque éstos, determinados por tales acciones emprendidas por el acusado RENGIFO MARTÍNEZ, realizaron, con conocimiento de la ilicitud, el contenido lesivo del tipo penal referido al *Peculado por apropiación*, por lo que su responsabilidad respondió a la de un determinador, como forma de intervención en la conducta punible.

En consecuencia, la censura presentada por el defensor de JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, no está llamada a prosperar.

Cargo segundo –subsidiario-: violación directa.

Con fundamento en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor del procesado censura la sentencia del Tribunal de Bogotá por violación directa de la ley sustancial, consistente en la interpretación errónea del

artículo 102 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa Puertos de Colombia y los Sindicatos de Trabajadores de los Terminales Marítimos de Barranquilla, Cartagena y la oficina de Conservación de Obras de Bocas de Ceniza, vigente para el lapso comprendido entre 1991 y 1993, y por falta de aplicación del artículo 89 de la misma Convención.

La censura consiste en que, según el demandante, en el último inciso de aquel artículo 102 de la Convención Colectiva se reconoce la prima proporcional de servicios, por lo que al no haber sido cancelada por la *Empresa Puertos de Colombia*, fue legítima la reclamación presentada por el acusado JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ ante el *Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia*.

La norma convencional en cuestión, establece:

ARTÍCULO 102. PRIMAS. Se pagará a todos los trabajadores sin excepción, dos (2) primas en el año, consistentes cada una en un (1) mes de salario promedio, así:

La primera prima equivalente a un (1) mes de salario promedio, en los primeros quince (15) días del mes de Junio de cada año, y la segunda, equivalente a un (1) mes de salario promedio en los primeros quince (15) días del mes de Diciembre de cada año.

La prima de Junio se liquidará y pagará con base en lo devengado por el respectivo trabajador y durante el lapso

comprendido entre el 1o. de Diciembre y el 31 de Mayo de cada año.

La prima de Diciembre, se liquidará y pagará con base en los salarios devengados entre el 1o. de Junio y el 30 de Noviembre de cada año.

Cuando un trabajador no alcance a laborar el semestre correspondiente completo, se le pagará la prima proporcional a lo trabajado en dicho semestre.

Al respecto, se impone recordar que el 7 de febrero de 1996, ante la Inspección Quinta Regional de Trabajo y Seguridad Social de Bogotá, fue suscrita el Acta de Conciliación 007, entre el abogado JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ, como apoderado de 60 ex trabajadores de la *Empresa Puertos de Colombia*, y Luding Pérez Name, en representación del Fondo de Pasivo Social de dicha compañía, y que según su texto versó sobre *«las peticiones presentadas por el apoderado de los extrabajadores, a fin de que le sean reconocidas la PRIMA PROPORCIONAL DE SERVICIOS, cancelada por la Empresa Puertos de Colombia, pero no incluida en la Liquidación final de las Prestaciones Sociales, lo que ocasiona la Reliquidación de ellas, salarios moratorios y reajuste en las mesadas pensionales al obtener un Nuevo Promedio...»*.

En términos prácticos, se acordó el pago de \$1.139.660.648,95, equivalente a la reliquidación de prestaciones sociales, pago de diferencia de mesadas pensionales al 30 de enero de 1996, pago del 50% de los

salarios moratorios y del 20% por los honorarios profesionales.

Se demostró, sin embargo, que a cada uno de los trabajadores, representados por el acusado, les había sido liquidadas la prima de servicios proporcional, la prima de antigüedad proporcional, las vacaciones causadas al retiro y prima de vacaciones causada al retiro, por lo que no resultaba legal la reclamación de su inclusión ni su reconocimiento a fin de incrementar el valor de sus liquidaciones, como en efecto se hizo, pues de esa manera se terminó incrementando de forma indebida el monto de las restantes prestaciones de los extrabajadores portuarios.

Valga decir, por elemental ilegitimidad en la causa, no era viable acceder al pago como reajuste de las prestaciones sociales, el pago de diferencias de mesadas y al incremento de las pensiones, en tanto no existió ningún yerro en las liquidaciones o falta de cancelación de los rubros obligados o algún defecto en los procedimientos de pago.

No obstante, el acusado, conecedor de esa realidad, actuando como apoderado judicial de los extrabajadores jubilados de la Empresa Puertos de Colombia, elevó la reclamación que fue fuente de la conciliación, solicitando *«el reconocimiento y pago de los valores en dineros que resulten de reliquidar los siguientes facotres salariales: a) vacaciones, b) prima de vacaciones, c) prima de vacaciones proporcional, d) primas semestrales de Junio y*

Diciembre, e) prima de antigüedad, f) prima proporcional de antigüedad, g) auxilio de cesantía, mesadas pensionales atrasadas, con base en la prima proporcional de servicios. De igual manera el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria causada por el no pago oportuno de todos los valores; de los factores salariales recibidos y devengados en el último año al momento de liquidar el auxilio de cesantía».

Sobre esa base, se reitera, fue llevado a cabo el proceso de conciliación, la orden de pago y el efectivo desembolso de la millonaria suma acordada a nombre del acusado, a sabiendas que ello significó una indebida reliquidación de prestaciones sociales, sin sustento legal o convencional, basadas en la prima proporcional de servicios, sin considerar que se tornaba en irregular cualquier reclamación que en este sentido se hiciera, puesto que, contrario a lo sostenido por el recurrente, a los trabajadores se les liquidó la prima proporcional a lo trabajado en el respectivo semestre, lo que se encuentra en consonancia con el contenido final del artículo 102 de la Convención Colectiva de Trabajo.

El sentido de la norma, de cuya interpretación errónea se queja el recurrente, es claro frente a los trabajadores de la extinta *Empresa Puertos de Colombia*, en el sentido de que la prima de junio correspondía al período del 1º de diciembre al 31 de mayo, en tanto la de diciembre abarcaba el período del 1º de junio al 30 de noviembre, por lo que las prestaciones se debían liquidar con fundamento en el respectivo semestre y no sobre la base de conceptos causados de manera concomitante o posterior, pues la

obligación se genera como consecuencia de la terminación del contrato.

Al respecto, es clarificador el concepto GPSPC-ASNP-415 del 4 de noviembre de 2004, emitido por el Grupo Interno de Trabajo del Ministerio de Protección Social, en el que se precisó que *«Incluir proporcionales para liquidar otras proporcionales, llevaría al absurdo de caer en un círculo que no tendría fin, pues si esos valores se consideran factor salarial, la reliquidación de uno llevaría a la reliquidación del otro, lo que a su vez generaría una segunda reliquidación de aquel para volver a reliquidar este último y así sucesivamente»*¹⁵.

Dicho concepto, valga decirlo, no resulta despreciable por provenir del mismo denunciante, pues su valoración se llevó a cabo por los juzgadores de manera objetiva en consonancia con los demás medios de conocimiento allegados a la actuación.

De manera que la irregularidad se hace patente cuando se tuvo en cuenta el valor liquidado por prima proporcional como base para liquidar otras proporciones, llevando ello a unos valores exorbitantes, toda vez que, como de manera acertada lo señaló el Tribunal, al efectuarse los cálculos de esa manera se generaron *«reliquidaciones en espiral, pues el efecto reflejo de las prestaciones implicaría, que mientras la prima de servicios automáticamente acrecienta la de antigüedad y de vacaciones, aumentándolas, una vez*

¹⁵ Fl. 298 y ss., c. 1.

adicionadas éstas, inciden en aquella para incrementarla, que nuevamente afectaría a estas y así sucesivamente».

Esa, y no otra, es la hermenéutica que se desprende del inciso final del artículo 102 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa Puertos de Colombia y los Sindicatos de Trabajadores de los Terminales Marítimos de Barranquilla, Cartagena y la oficina de Conservación de Obras de Bocas de Ceniza, vigente para el lapso comprendido entre 1991 y 1993, donde en efecto se reconoce la prima proporcional de servicios, pero no como fuente de reliquidación para acrecentar las siguientes primas.

Por ese motivo, resulta adecuada la interpretación que sobre dicha norma convencional llevaron a cabo las instancias, siendo suficiente su literalidad para comprender la notable ilegalidad que se suscitó a partir de la reclamación presentada por el procesado RENGIFO MARTÍNEZ, reflejada en la consecuente defraudación para el tesoro público, sin que en esa comprensión hermenéutica se hayan expandido los términos de la disposición para imponer límites temporales no previstos, como lo quiere hacer ver el demandante.

Pero además, resulta del todo pertinente que en materia interpretativa se acuda, como lo hizo el Tribunal, para mayor comprensión de su argumento, a disposiciones

similares en el contexto de otras convenciones colectivas de entidades del Estado, donde el tema guarda plena identidad.

Es el caso de la convención colectiva firmada con el sindicato SINTRAPOCOL 1991-1993, en la que se reguló en el mismo sentido que *«Cuando el trabajador no alcance a laborar el semestre completo, se le pagará la prima proporcional si ha laborado por lo menos (30) días de dicho semestre»* (artículo 28). O en el pacto para el Terminal de Buenaventura, donde se consignó que *«En ningún caso los valores recibidos por concepto de prima podrán incluirse para la liquidación de la prima siguiente»* (artículo 69-2).

Por lo demás, debe decirse que tampoco es cierto que se haya inaplicado el artículo 89 de la Convención Colectiva, pues de la definición de las primas como concepto salarial, no se puede deducir la legalidad del reajuste de las prestaciones sociales, de las pensiones, diferencias de mesadas y sanciones moratorias, como producto de computar en su liquidación definitiva la prima proporcional de servicios.

En consecuencia, no advierte la Sala la presencia de un error alusivo a la alteración del correcto sentido y alcance de la norma comprendida dentro de la Convención Colectiva de Trabajo referida, según la censura ofrecida por el demandante, quien en realidad presenta una muy

personal posición interpretativa sobre dicha disposición convencional, lo que no se compadece con su misma literalidad, por lo que el cargo no prosperará.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: NO CASAR la sentencia con fundamento en la demanda presentada por el defensor de JOSÉ FERNANDO RENGIFO MARTÍNEZ.

SEGUNDO: CASAR PARCIALMENTE el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 5 de diciembre de 2014 con base en el segundo de los cargos formulados en la demanda allegada por el defensor de MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, en consecuencia, **ABSOLVERLO** del delito de *Peculado por apropiación agravado* por el que fue acusado.

TERCERO: Disponer que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que se hayan originado en contra del procesado MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ con motivo de esta actuación.

Dejar incólumes las demás determinaciones adoptadas en el fallo impugnado.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Casación 46166
José Fernando Rengifo Martínez
Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria