



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

SP824-2019

Radicación n° 52120

Acta 65

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES, juez Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la citada ciudad, por medio de la cual lo condenó como autor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

HECHOS

En ejercicio del cargo de Juez Segundo Laboral de Cartagena, Jaime José García Montes, conoció el trámite de la demanda laboral que promovió el ex trabajador de la Empresa Puertos de Colombia del Terminal Marítimo de

Cartagena, Luis Gustavo Olmos Arnedo, contra su empleadora.

Al proferir la correspondiente sentencia, el 3 de diciembre de 1993, el juez accedió a las pretensiones del trabajador y conforme a ello, incrementó su mesada pensional en el 50%, en virtud del artículo 140 de la Convención Colectiva, al considerar que el demandante tuvo contacto directo «*con materias nocivas, inflamables y corrosivas*»; reajuste que tasó en \$49.824 mensuales, causados desde el 26 de noviembre de 1983.

Como consecuencia de lo anterior, liquidó nuevamente sus cesantías, las cuales ascendieron a \$814.301.38, y condenó al pago de una indemnización moratoria de \$4982,40 diarios, desde el día hábil 91 después de la terminación del contrato de trabajo, esto es, el 1 de noviembre de 1985, hasta cuando se pagaran todas las prestaciones sociales allí reconocidas.

Esta sentencia condenatoria laboral se materializó a través de la Resolución 1218 del 6 de octubre de 1994¹, en la cual el Fondo del Pasivo Pensional de la Empresa Puertos de Colombia dispuso pagar al demandante la suma de \$43.077.220.29.

Sin embargo, al surtirse el grado de consulta, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 30 de marzo de 2001, revocó en

¹ Folios. 76 a 78 c. a. o. 1.

todas sus partes la anterior condena y decidió absolver a la demandada, con fundamento en que la reliquidación del 50% emergía de normas convencionales que no se acreditaron debidamente al interior del proceso laboral, por cuanto, no se allegó la respectiva Convención Colectiva *«en la forma como lo previene (...)el artículo 469 del C.S.T»* omisión que impedía a la jurisdicción *«acometer el estudio de las pretensiones incoadas con fundamento en normas convencionales.»*

En cumplimiento de la sentencia de segundo grado, el coordinador del Área de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Pensional de Puertos de Colombia, en Resolución N° 1833 del 3 de septiembre de 2003, ajustó la pensión del señor Gustavo Olmos Arnedo al valor real y legal; así como también, ordenó el reintegro de lo indebidamente pagado y la remisión de las actuaciones para iniciar las acciones judiciales y administrativas pertinentes².

ANTECEDENTES PROCESALES

El Fiscal 20 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, a través de resolución del 16 de marzo de 2010, dispuso la apertura de investigación previa a efecto de determinar las irregularidades en torno al trámite judicial adelantado por el procesado JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES, Juez Segundo Laboral de Cartagena, con motivo de la demanda promovida por Gustavo Olmos Arnedo, como

² Folios 215 a 220 cuaderno de fiscalía N° 1

extrabajador y pensionado de la empresa Puertos de Colombia.

El 18 de junio de 2010, se ordenó la apertura de investigación y se produjo la vinculación mediante indagatoria del indiciado, por posiblemente cometer el delito de peculado por apropiación³ al proferir la sentencia del 3 de diciembre de 1993, al tiempo que se declaró la prescripción de la acción penal en cuanto al delito de prevaricato por acción.

Clausurado el ciclo investigativo, el 28 de junio de 2012 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES, como autor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, tal y cual lo prevé el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 2 de la Ley 43 de 1982.

Fundamentó su acusación en que el funcionario judicial concedió un derecho convencional que no le asistía al demandante, pues según lo sostuvo la Sala Laboral del Tribunal de Descongestión de Bogotá, no se adjuntó debidamente la Convención Colectiva y además se realizó una errada valoración de las pruebas allegadas al proceso.

Específicamente, argumentó que el beneficio del aumento del 50% del salario no era procedente para el demandante, por cuanto éste desempeñaba el cargo de supervisor general de la empresa, y dentro de sus funciones

³ Artículo 133 del Decreto 100 de 1980, respectivamente.

laborales no tenía la de manipular directamente materiales nocivos, inflamables y/o corrosivos aludidos en la Convención Colectiva, actividades que sí debían cumplirse por trabajadores de nivel inferior.

En firme la providencia calificatoria⁴, se dio inicio a la etapa de juicio, cuyo conocimiento correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, Corporación que luego de negar la solicitud de nulidad invocada por la defensa en auto del 4 de septiembre de 2013⁵, y confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, celebró las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento y emitió sentencia condenatoria, remitida a esta Corporación en razón del recurso de apelación.

DECISIÓN IMPUGNADA

Las razones que llevaron a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena para dictar condena contra Jaime José García Montes se contraen a las siguientes:

1. De manera preliminar, denegó la solicitud de nulidad reclamada por la defensa, en la cual alegaba que en la indagatoria únicamente se recriminó la falta de incorporación legal de la Convención Colectiva, pero en el escrito acusatorio, de manera sorpresiva se agregó un nuevo elemento fáctico, consistente en que realizó una equivocada

⁴ El 4 de agosto de 2013, tras aceptarse el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la resolución de acusación. Folios 38 a 41 del cuaderno de fiscalía N° 2.

⁵ Folios 28 a 47 del cuaderno de original N° 1.

valoración probatoria de los testimonios y documentos obrantes en la actuación.

Para el *a quo* la anterior petición de nulidad no era procedente, por cuanto la misma había sido resuelta de manera negativa en auto del 4 de septiembre de 2013, y ratificada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 12 de febrero de 2014.

2. En lo que respecta al análisis de la responsabilidad penal atribuida al juez, empezó citando el contenido de la norma convencional (Artículo 140) que justificó la condena laboral, para posteriormente, examinar la pertinencia de su aplicación en el caso concreto, de cara a las pruebas obrantes en el plenario laboral.

En primer lugar, recordó que mediante Oficio del 17 de agosto de 1990, la Empresa Puertos de Colombia le notificó al extrabajador que no tenía derecho al reconocimiento del recargo por manipulación de sustancias nocivas, corrosivas o inflamables, consagrado en el artículo 140 de la Convención Colectiva, dado que las funciones que desempeñaba no comprendían la intervención directa en tales operaciones. Postura que, además, fue expuesta por la entidad demandada durante las diferentes etapas del proceso laboral.

De modo que, si lo que pretendía el trabajador pensionado era el reconocimiento y pago de la citada prestación convencional, no bastaban unos testimonios para poner en duda las labores que desarrollaba como supervisor

general, cargo que por su simple definición no envolvía el contacto directo con la materia prima, pues su labor era inspeccionar y no ejecutar directamente el cargue y descargue de materiales, circunstancia por la cual resultaba inviable otorgar un derecho convencional que no le asistía.

Así, ante la evidente ausencia de fundamentación fáctica, pues ni siquiera existía duda en que el demandante era del rango de supervisor general, resultaba ilegítimo el reclamo y reconocimiento de las prebendas convencionales, máxime cuando no se aportó en debida forma la Convención Colectiva que sustentaba el reclamo prestacional, es decir, tampoco contaba con la premisa normativa.

Entonces, el actuar ilícito reprochado al juez no solo consistió en una equivocada valoración de los testimonios, los documentos allegados y la irregular introducción de la Convención Colectiva, sino que implicó la expedición de una providencia manifiestamente ilegal que conllevó al detrimento patrimonial del Estado en favor de terceros, materializado a través de la Resolución 1218 de 1994, por valor de \$43.077.220.29.

Lo anterior evidenció la concurrencia de los elementos objetivos del delito de peculado por apropiación, y respecto al aspecto subjetivo, resulta diáfano que el acusado actuó con pleno conocimiento y voluntad de su proceder ilícito, soslayando las fundadas oposiciones que la empresa demandada invocó durante el trámite ordinario.

Por lo tanto, acreditada la plena conciencia de su obrar, hallándose en capacidad de hacerlo conforme a derecho, para la Sala de primera Instancia existió un actuar disvalioso inequívocamente dirigido a la consecución del fin pretendido, razón por la cual, dictó sentencia condenatoria.

Así, al fijar la pena a imponer, el *a quo* encontró procedente ubicar la sanción dentro del primer cuarto, y en razón a la gravedad de la conducta, tasó la condena en 50 meses de prisión, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y accedió a la prisión domiciliaria.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior sentencia condenatoria, el abogado defensor apeló la decisión indicando, en síntesis lo siguiente:

1. Inicialmente, adujo que en los casos relacionados con Foncolpuertos ha existido una presunción de culpabilidad contra los procesados, evento que espera no se repita en el presente asunto, pues la valoración probatoria que realizó su defendido fue apegada al ordenamiento jurídico.

2. Seguidamente, reitera su petición de nulidad con fundamento en que su defendido fue indebidamente sorprendido en la resolución de acusación, donde le

reprocharon hechos que no fueron objeto de cuestionamiento en la diligencia de indagatoria; por ello, requiere que se anule la actuación y se retrotraiga para que se practique nueva injurada, con la finalidad de ponerle de presente temáticas no incluidas en la vinculación procesal, pues aquella solo versó respecto de la indebida incorporación de la Convención Colectiva al proceso laboral.

3. En lo que respecta a la responsabilidad penal por los hechos atribuidos, el togado se dedicó a defender la legalidad de la sentencia laboral que dictó su prohijado, al sostener, en primer lugar, que la Convención Colectiva sí estuvo debidamente introducida y aportada al expediente, razón por la cual debía desestimarse tal reproche.

Posteriormente, al referirse al cuestionamiento según el cual, no se valoraron adecuadamente las pruebas recaudadas en el proceso laboral, justificó que en efecto, el trabajador demandante era beneficiario del derecho convencional, tal y como se extrae del contenido de las declaraciones que rindieron los testigos llamados al juicio laboral, los cuales mostraban inequívocamente los presupuestos para otorgar el incremento salarial, objeto de cuestionamiento.

Refiere que si bien existe en el plenario el Oficio del 17 de agosto de 1990, en el que la empleadora le notificó al trabajador la improcedencia del recargo y aumento salarial, por manejo directo de sustancias peligrosas, éste corresponde a un documento que no le resta credibilidad a

las declaraciones que rindieron los testigos del proceso, las cuales considera no podían desconocerse, pues nunca fueron objetadas o cuestionadas, y que respaldaron las pretensiones de la demanda laboral.

Sobre la adecuada valoración de las pruebas recaudadas, resaltó que su cliente realizó una interpretación válida y coherente como Juez Laboral, la cual no puede ser asumida por el Juez Penal que examina la conducta de prevaricato o peculado, pues tal evento significaría constituirse indebidamente en una tercera instancia.

Añadió igualmente, que las operaciones matemáticas que siguieron las liquidaciones laborales fueron correctamente determinadas, al punto que sobre ellas no se ha emitido reproche alguno.

Así, al encontrar que su prohijado expidió una decisión judicial apoyada en suficiente material probatorio legalmente recaudado, concluye que no ha incurrido en ninguna conducta censurable penalmente.

4. Igualmente, considera que la declaratoria de prescripción del delito de prevaricato por acción conlleva necesariamente a dejar sin sustento la conducta penal de peculado atribuida, toda vez que no hay manera de sostener que se contravirtió el ordenamiento jurídico.

Empero, en caso de que se insistiera en que la apropiación de dineros públicos tuviese como fundamento

el prevaricato por acción, las acusaciones se refieren a un prevaricato omisivo, porque los señalamientos se contraen a cuestionar que su defendido no valoró debidamente las pruebas y no analizó correctamente la procedencia del derecho convencional.

5. Por todo lo anotado, para el defensor no existe certeza objetiva y subjetiva de la ocurrencia de tal conducta punible, comoquiera que el procesado simplemente ejerció su labor de interpretación probatoria según su rol de juez de la República en materia laboral, conclusión que por el simple hecho de que no sea compartida por el Tribunal de Primera Instancia no significa constitutiva de delito alguno.

De este modo, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su defendido.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, la Sala es competente para resolver la alzada, dado que el ex Juez Segundo Laboral del Circuito de Cartagena fue juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, por actos realizados en ejercicio de sus funciones.

2. Conforme con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, la Sala se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales el recurrente expresa inconformidad, incluyendo como lo autoriza la norma, los temas inescindiblemente vinculados al objeto de censura.

3. El reproche inicial que plantea el defensor, referido a que en los casos de Foncolpuertos ha existido una presunción de culpabilidad, no es más que un argumento explicable como estrategia defensiva, pero a todas luces inaceptable.

Bien es sabido que cada caso en particular se define de acuerdo con las pruebas aducidas, las cuales deben valorarse de conformidad con las reglas que informan la sana crítica, lo cual por supuesto se opone a que se obre con presunciones como las que sugiere el censor.

Ese tipo de alegaciones desconocen la dinámica propia del recurso de apelación, escenario para que la parte inconforme con una providencia judicial, exponga ante el superior funcional los motivos en que funda su discrepancia con la misma, para que éste, luego de la confrontación necesaria, decida si la mantiene o la revoca.

Implica entonces, que el recurrente ponga de presente los yerros en que a su juicio incurrió el juez, pero no que haga afirmaciones como la que se viene comentando, porque con ello no concreta ningún error que sea

enmendable por parte del juez plural o singular que deba desatar la apelación, es una simple especulación que por lo mismo emerge infundada.

Desde luego, si con ello se refiere a otros fallos proferidos en casos diversos, debe decirse que han sido el producto de un estudio a través del cual se ha demostrado el proceder de algunos funcionarios y abogados que se han concertado para defraudar a la Empresa Puertos de Colombia, decisiones que no se han fundado en presunciones, sino en hechos cabalmente comprobados, según quedó constancia en las pertinentes providencias.

4. Ahora, frente a la solicitud de nulidad, debe indicarse que se trata de un tema estudiado y por ende definido por esta Sala de Casación (AP518-2014), de modo que no es viable proponerlo nuevamente, toda vez que ello atenta de manera flagrante contra el principio de preclusión de las fases procesales, de suerte que los argumentos por los cuales fue denegada en pretérita oportunidad siguen vigentes, máxime cuando en el decurso del proceso penal, el procesado García Montes ha conocido claramente los hechos imputados en su contra, los cuales, siempre han versado por un lado acerca de la indebida incorporación de la Convención Colectiva al proceso laboral, y por otro, en la concesión de dadivas convencionales a quien no tenía derecho a ellas.

5. De otra parte, también se rechaza el argumento según el cual por la declaratoria de prescripción de la acción

penal respecto del delito de prevaricato por acción, automáticamente decaería el de peculado por apropiación en favor de terceros, que dio origen a la condena impugnada, punto sobre el cual la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:⁶

«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 delincuencia, 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:

⁶ 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, SP13922-2014, SP8914-2017, SP2254-2014 y SP3865-2018.

“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».

6. En lo que tiene que ver con el delito de Peculado por apropiación en favor de terceros, se considera lo siguiente:

El artículo 133 del Decreto 100 de 1980 dispone que incurre en el punible de peculado por apropiación “*el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.*”

Con relación al elemento objetivo del delito, es necesario recordar que se trata de un ilícito de resultado, cuya descripción típica exige: i) un sujeto activo calificado, ya que para su comisión se requiere la calidad de servidor público; ii) la apropiación por parte del servidor en provecho suyo o de terceros, 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; y (iii) que la administración, tenencia o custodia, se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

En cuanto al primer requisito, esto es la calidad de servidor público, no ha existido controversia, toda vez que está acreditada la condición de Juez Segundo Laboral del

Circuito de Cartagena del acusado Jaime José García Montes, para el momento de comisión de los hechos.

Acerca del segundo y tercer elemento, es claro que el funcionario judicial a través de una decisión ostensiblemente ilegal según se verá, dio lugar a la apropiación de bienes del Estado por parte de un tercero, dineros sobre los cuales tenía la disponibilidad jurídica, de modo que la relación con funcional con ellos es innegable.

De otra parte, se recuerda que la sentencia laboral cuestionada implicó la apropiación en favor de terceros de \$43.077.220.29, tal y como se materializó en la Resolución 1218 del 6 de octubre de 1994, en la cual el Fondo del Pasivo Pensional de la Empresa Puertos de Colombia ordenó dicho pago al extrabajador y demandante Luis Gustavo Olmos Ornedo.

Sin embargo, el anterior pago fue revocado por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al considerar que no se encontraba acreditado el derecho reclamado, pues no había sido debidamente introducida la norma convencional.

El defensor expone que la incorporación de la Convención Colectiva al expediente laboral fue un asunto superado o del que no se evidencia irregularidad alguna, pues quedó debidamente acreditado que copia de dicho documento sí se encontraba en la actuación discutida.

Sobre el particular, es pertinente aclararle al togado que no basta la simple copia o existencia simple de la Convención Colectiva, ya que le corresponde al juez laboral, en todo caso, acreditar o verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, como carga procesal que tiene el trabajador demandante para exigir el cumplimiento y pago de los derechos convencionales, toda vez que se trata de un acto solemne, respecto del cual el Código Sustantivo del Trabajo es claro al prescribir –Art. 469– que *«Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto»*.

En relación con este tema, la Sala específicamente en providencia SP9094 del 15 de julio de 2015, sostuvo que debe acreditarse el cumplimiento de varios requisitos, entre los cuales se encuentran: i) que la Convención Colectiva se hubiera anexado de manera completa y autenticada a la demanda laboral, ii) que exista constancia original de haberse depositado dentro del término (15 días) ante la División de Reglamentación y Registro Sindical del Ministerio del Trabajo y no en una oficina regional (para las demandas presentadas antes de la entrada en vigencia del Decreto 1953 de 2000), iii) que la fecha de la Convención Colectiva coincida con la de los hechos llamados a regular y iv) que el cargo desempeñado por el reclamante no estuviere excluido de los beneficios convencionales.

En el asunto bajo examen, desde la revocatoria de la sentencia laboral confutada, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, advirtió:

«Como la reliquidación del 50% que se solicita, emerge de normas convencionales, el texto o compendio que las contiene debe acreditarse dentro del acervo probatorio, en la forma como lo previene la ley. En efecto, el artículo 469 del C.S.T. expresa que:

“La Convención Colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes a su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la Convención no produce ningún efecto”

Por lo tanto, en atención a la regla legal en comento, para la demostración dentro del juicio de la Convención Colectiva de Trabajo, como acto solemne que es, resulta indispensable aportar a éste la prueba de haberse cumplido las formalidades integrantes de la solemnidad, ya que una de ellas recae sobre el escrito en el que conste el acto jurídico y la otra al depósito de copia del mismo ante la autoridad del trabajo dentro de un específico plazo. En este orden de ideas se hace necesario precisar que quien pretenda hacer valer en el proceso derechos derivados de la convención, debe presentarla en copia expedida por el depositario del documento.

Revisado el proceso, podemos darnos cuenta que dentro del acervo probatorio no obra el texto o compendio de la Convención Colectiva de Trabajo contentiva de los derechos reclamados, razón por la cual no le es dable a esta Corporación acometer el estudio de las pretensiones incoadas con fundamento en normas convencionales. La Sala considera pertinente resaltar que ha sido reiterada la jurisprudencia al señalar que la prueba de la existencia de una Convención Colectiva de Trabajo, se confunde con la demostración de que se cumplieron cabalmente las solemnidades exigidas por la Ley para que fuera acto jurídico válido.»

7. Del simple cotejo entre la norma procesal laboral y los documentos allegados a la actuación examinada, no hay duda de que el funcionario judicial no veló por la aplicación de los requisitos que en materia probatoria debían cumplirse, solemnidad sin la cual no podía pregonarse la exigencia y reconocimiento del derecho convencional reclamado.

Entonces, de ninguna manera puede entenderse que el señalamiento por esta falta de verificación documental fue un tema superado o que respecto del cual no subsiste reproche; por el contrario, se trató de una omisión que conllevó a la emisión de una sentencia laboral sin sustento probatorio de la existencia del derecho debatido judicialmente, es decir, se torna en manifiestamente ilegal.

8. No obstante, los cargos endilgados trascendieron la anterior irregularidad, al añadirse que, así hubiese sido allegada en debida forma la Convención Colectiva, el procesado otorgó un beneficio a un trabajador que no tenía derecho al mismo.

Sobre el particular, conviene citar el artículo 140 de la Convención Colectiva que consagra el mencionado recargo salarial, así:

«(...) A los trabajadores intermitentes, a destajo, o fijos, que intervengan directamente en el cargue o descargue de buques marítimos, fluviales o de cabotaje, e igualmente en el sector terrestre en el cargue y descargue de camiones y vagones en lo referente a materias nocivas, corrosivas e inflamables, de acuerdo con la lista de la empresa se pagará un recargo del cincuenta por ciento (50%) sobre su salario ordinario o extraordinario de conformidad con el horario en que se efectúen las labores. (...)»⁷

Con base en el recuento procesal que tuvo esta reclamación laboral, debe recordarse que antes de la formulación de la demanda laboral objeto de escrutinio, el trabajador solicitó⁸ ante el Gerente Seccional de la Empresa Puertos de Colombia el pago del recargo convencional, petición que fue resuelta desfavorablemente así:

⁷ Folio 173 de la Convención Colectiva.

⁸ Folio 164 C. A. O. 4.

«En relación con su memorial mediante el cual solicita reconocimiento y pago de recargos salariales por manipulación de sustancias nocivas, corrosivas o inflamables, durante su vinculación al Terminal de Cartagena y a partir de 1971, me permito responderle que tal pretensión no tiene asidero legal ni convencional.

Consta en las convenciones colectivas vigentes para los años en que usted permaneció como trabajador activo que el reconocimiento y pago de recargo salarial por nocivos, corrosivos e inflamables, correspondía a los trabajadores que participaban directamente en la movilización o manipulación de la carga que tuviese estas características.

Los artículos convencionales que han reglado esta materia son taxativos al señalar que se benefician con el recargo “los trabajadores intermitentes, a destajo o fijos que INTERVENGAN DIRECTAMENTE en el cargue y descargue de buques, camiones y vagones. Usted no intervino directamente en estas operaciones por cuanto no correspondía a los cargos que desempeñó.

Adicionalmente, el término establecido para promover acciones por derechos salariales y prestacionales ha vencido con creces desde su retiro del servicio activo de la empresa en 1983.

No se accede en consecuencia a su solicitud de reconocimiento de recargo salarial y reliquidación de auxilio de cesantía y pensión por invalidez.»

9. Por manera que, el anterior comunicado deja ver que resultaba inviable otorgar un beneficio convencional a un trabajador que no desempeñaba las funciones descritas, pues contrario sensu, el “contacto directo” requerido lo tenían los trabajadores de rangos bajos como estibadores, wincheros y capataces de cuadrilla, y no los de alto nivel jerárquico dentro de la empresa, como el que ostentaba el reclamante laboral.

En tal virtud, le asiste razón a la Fiscalía General de la Nación y al Tribunal de Primera Instancia en concluir que unas simples declaraciones, no confrontadas con las condiciones contractuales y estatutarias de la empresa, y sopesadas con el simple argumento de que no fueron tachadas, no sirven para desconocer el contexto y funciones que el demandante desempeñaba en el cargo de supervisor general.

En efecto, en la providencia cuestionada, el acusado no realizó el examen y la ponderación que merecía el asunto, de cara a la presunción de improcedencia de reconocimiento del derecho advertido por la demandada, pues no expuso las razones por las cuales las pruebas testimoniales desvirtuaban las documentales que definían el cargo que

desempeñaba el extrabajador, y que hacían parte del respectivo expediente.

Por todo lo dicho, es dable concluir que el juez Jaime José García Montes emitió una decisión ilegal con el fin de reconocer y otorgar un incremento del 50% de la mesada pensional, prestaciones sociales y la indemnización moratoria en favor del señor Gustavo Olmos Ornedo; de allí que sea inviable otorgar la razón al argumento defensivo elevado por el recurrente.

De modo que, independientemente que las operaciones matemáticas que liquidaron el anterior derecho convencional estuviesen bien efectuadas, en nada desvirtúan o justifican la ilegalidad de la decisión por medio de la cual fue concedido, y la apropiación indebida de recursos públicos por quien no tenía derecho, luego entonces es irrelevante que no se hubiera reprochado equivocación en los cálculos aritméticos.

10. Por último, no puede el defensor equiparar u homologar la competencia del juez penal a la del juez ordinario laboral, al sugerir que el juicio de prevaricato o de peculado hace que se constituya indebidamente en una tercera instancia, pues cada uno desempeña un rol diferente, y cuando el primero analiza si se incurrió en el delito de peculado a través de una providencia manifiestamente ilegal, no se trata de una nueva instancia al proceso laboral, pues fue en dicho escenario donde culminó el litigio del trabajador según los medios ordinarios que consagra la Ley.

11. En síntesis, el procesado en ejercicio de las funciones jurisdiccionales, emitió una decisión ostensiblemente ilegal que conllevó a la indebida apropiación de dineros públicos en favor de terceros, lo cual constituye el delito de Peculado por apropiación, comportamiento que además de típico tanto objetiva como subjetivamente, dado que el inculcado conocía los elementos del tipo y voluntariamente decidió su comisión, es antijurídico, porque no se avizora que haya mediado alguna razón que justificara la conducta, la cual es culpable, porque hallándose el acusado en condiciones de comprender la naturaleza de sus actos, prevalido de ese conocimiento se determinó a su realización.

Así las cosas, la Sala Confirmará la decisión recurrida al concluir que los argumentos expuestos por la defensa no contienen la fuerza suficiente para destruirla.

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,

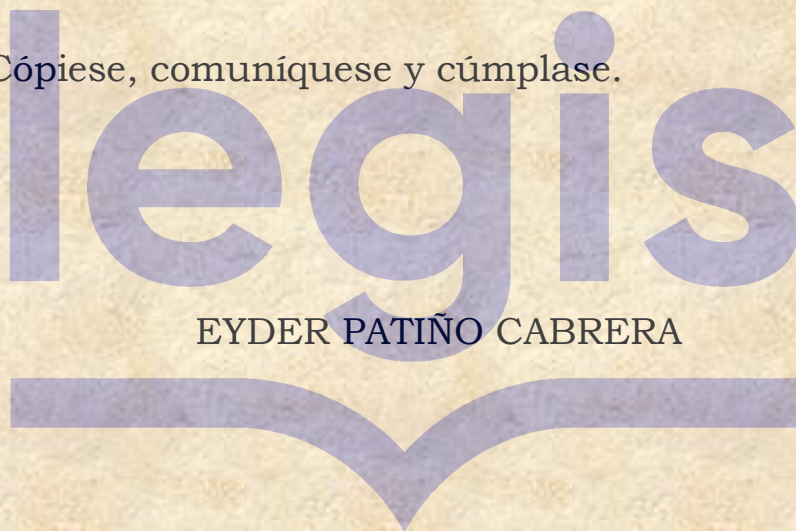
R E S U E L V E

Confirmar la sentencia proferida el 12 de julio de 2015 por medio de la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó al doctor

JAIME JOSÉ GARCÍA MONTES del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova García
Secretaria