

Proceso N° 18075

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

Aprobado Acta Nro. 147

Bogotá D.C., veintiocho de septiembre de dos mil uno.

VISTOS

Resuelve la Sala la casación promovida por el apoderado de la Parte Civil “Inversiones Velar S.A.” (antes “Inversiones Velar Ltda.) contra la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de septiembre del año 2000 por el Tribunal Superior de Cali, por cuyo medio declaró la nulidad de lo actuado a nombre de la firma en mención como supuesta perjudicada con el delito de estafa atribuido a Fernando Hernández Gaitán, a quien el Juzgado 2º Penal del Circuito de la citada ciudad condenara a la pena principal privativa de la libertad de 22 meses de prisión y a sufragar favor de la mentada compañía a título de indemnización de perjuicios, la suma de \$45'292.200.00.

ANTECEDENTES

Entre la representante legal de la firma “Sociedad Inversiones Velar S.A.”, Mary Lucy Casas Figueroa, y el de “Naldecon Ltda.”, Fernando Hernández Gaitán, en su orden, se celebró el día 17 de junio de 1988 un contrato de promesa de permuta mediante el cual la segunda se comprometió a suministrar a la primera materiales para

construcción por valor de \$45'000.000, cuyo pago haría ésta mediante la transferencia del dominio que ostentaba en el Conjunto Residencial "Atlanta" ubicado en la Carrera 57 N° 4-49 de la ciudad de Cali, sobre 4 apartamentos con sus respectivos garajes. Éstos, posteriormente fueron hipotecados a Jaime Giraldo Zuluaga.

Mientras la enajenación de los inmuebles se elevó a escritura pública por instrumento N° 5326 del 25 de julio de 1988 de la Notaría 10ª de la mentada localidad, en el documento Ba-2755410 lo que se hizo figurar fue la celebración de un contrato de suministro de materiales de construcción entre las mismas partes.

Por el incumplimiento en el suministro de materiales y habida consideración de la supuesta adulteración del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá allegada por el representante legal de "Naldecon Ltda." para demostrar su existencia legal, se formuló denuncia criminal contra Fernando Hernández Gaitán por los injustos de estafa y falsedad.

El extinto Juzgado 4º de Instrucción Criminal de Cali decretó la apertura de la investigación y luego admitió la demanda de constitución de parte civil instaurada por el apoderado judicial de "Inversiones Velar S.A." (Fls. 91 del cuaderno original N° 1), cuyas pretensiones indemnizatorias se elevaban a 40 millones de pesos por perjuicios morales y 60 millones por los materiales, para un total de 100 millones de pesos (Fls. 72 a 88).

Vinculado el implicado al sumario mediante indagatoria (Fls. 201), ya en vigencia el Dto. 2700 de 1991 le correspondió proseguir con la investigación a la Fiscalía 34-1 de la Unidad de Patrimonio Económico de Cali, despacho que previa resolución de cierre de investigación, por proveído del 26 de enero de 1995 calificó el sumario y acusó a Fernando Hernández Gaitán como presunto autor responsable del delito de estafa, imponiéndole como medida de aseguramiento la de caución prendaria (Fls. 788 a 801 del

cuaderno Nº 2).

Dicho pliego de cargos sólo pudo notificarse al defensor del procesado el 25 de septiembre del mismo año, y al día siguiente por estados a los sujetos procesales que no concurrieron a notificarse personalmente.

Del juicio conoció el Juzgado 2º Penal del Circuito de la mentada localidad, quien culminada la audiencia pública, por fallo del 26 de septiembre de 1997 condenó al acusado a la pena corporal de la que se hizo mérito en el introito de esta decisión, y al pago de los perjuicios allí también relacionados, extremo este de la decisión cuya declaratoria de ineficacia es ahora objeto de la impugnación extraordinaria al ser tenida como nula la actuación de la Parte Civil en el referido proceso penal.

LA DEMANDA

Dos cargos contra el fallo recurrido formula el impugnante extraordinario, ambos al amparo de la causal primera de casación; el primero por violación indirecta de la ley sustancial y el segundo por violación directa.

Primer cargo.

Error de hecho por interpretación errónea de dos pruebas incorporadas al proceso penal del que da cuenta la demanda, es el sustento de esta censura; elementos de convicción que se contraen a la copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá y visible de Fls. 775 a 787, y a la manifestación que la Parte Civil hizo en el escrito de Fls. 1.009 a 1.010 del expediente.

Aduce el demandante en el desarrollo del cargo que el Tribunal en la

fundamentación de su fallo sostuvo con base en las pruebas atrás reseñadas, que “Inversiones Velar S.A.” procedió a demandar al procesado ante la jurisdicción civil por los perjuicios ocasionados con el delito a la mentada firma; por consiguiente, conforme a lo normado en el inciso 3º del Art. 55 del C. de P. Penal derogado, a partir del 1º de julio de 1992 la actuación de la Parte Civil no podía admitirse.

Esa apreciación deviene equivocada, afirma el censor, porque el proceso civil en cuestión lo adelantó “Inversiones Velar S.A” contra “Naldecon Ltda.”, empresa esta que no es Fernando Hernández Gaitán. A dicho individuo no se le demandó en perjuicios, agrega, y mucho menos a “Naldecon Ltda.” Además, la sentencia civil fue muy clara en señalar que en virtud del incumplimiento del contrato de suministro por parte de esta última compañía, a favor de “Inversiones Velar” se declaró la simulación del mentado convenio.

Por lo tanto, “(...) el Tribunal concluyó en forma errada que INVERSIONES VELAR Ltda. había demandado en proceso civil a FERNANDO HERNÁNDEZ GAITÁN para obtener la indemnización de perjuicios ocasionados como consecuencia de la sentencia y ante esta conclusión errada, dio aplicación a los artículos 50 y 55 inciso 3º del Decreto 2700 de 1991, cuando la realidad procesal demostraba todo lo contrario (...)”, expone el casacionista, puesto que probado se halla que la demanda se dirigió contra una persona jurídica; que de acuerdo a lo normado en el Art. 98 del Código de Comercio se tiene que, constituida legalmente una sociedad, ésta forma una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados; que la demanda nada tenía que ver con indemnización de perjuicios generados por la conducta punible atribuida al procesado; y que la sentencia proferida en el proceso civil no versaba sobre condena por perjuicios derivados del delito, sino que declaraba resuelto el contrato de suministro en mención por incumplimiento de “Naldecon Ltda.” con lo pactado, por lo cual se le ordenó la devolución de los dineros.

El error del Tribunal es de enorme trascendencia porque no se pronunció sobre el fondo del asunto, pues de haber apreciado correctamente aquellas pruebas, hubiese llegado a la conclusión que la actuación de la Parte Civil sí era procedente en el referido proceso penal, y en consecuencia hubiera accedido a conceder el restablecimiento del derecho incoado.

Dejó pues de aplicar el Tribunal las preceptivas contenidas en los Arts. 9º y 14 del C. de P. Penal, así como el 103 del C. Penal, y aplicó erróneamente el inciso 3º del Art. 55 del estatuto procesal penal. También reputa el actor como violados los Arts. 2, 22, 58, 228, 230 y 250 de la Carta Política, 21 y 61 del Dto. 2700 de 1991, 104 a 107 del Dto. 100 de 1980, 98 del C. de Comercio, 16 de la Ley 446 de 1998, 1502, 1515, 1516, 1740 a 1746, 1750, 2341 a 2344 y 2358 del C. Civil.

Que se case la sentencia recurrida y se proceda a revocar los ordinales 5º y 6º del fallo impugnado en casación, y en su lugar se disponga a favor de “Inversiones Velar Ltda.” el restablecimiento del derecho “consistente en restituir las cosas al estado anterior en que se encontraban al momento de celebrarse el negocio con el señor FERNANDO HERNÁNDEZ GAITÁN como representante legal de la sociedad NALDECOM Ltda. (sic) y para el efecto procederá a CANCELAR la escritura pública N° 5326 de julio 25 de 1998 de la Notaría 10ª de Cali (...)”. Así mismo, habrá de ordenarse la entrega de los inmuebles objeto de enajenación en el pluricitado acuerdo, y por último, condenar a Hernández Gaitán a sufragar a favor de la firma que representa, por concepto de perjuicios materiales y lucro cesante “el valor de los frutos civiles y naturales dejados de percibir desde julio 25 de 1988 hasta la fecha de restitución de esos bienes inmuebles a razón de \$585.000.00 mensuales.”

Segundo cargo.

Como subsidiario del primero, dice el censor presentar este cargo fincado en la

violación directa de la ley sustancial por no aplicar el fallador los Arts. 9º, 14 y 21 del C. de P. P., e interpretar erróneamente el inciso 3º del Art. 55 ibidem.

En la sustentación de la censura retoma el casacionista el argumento probatorio aducido por el Tribunal para aplicar el citado Art. 55 en su inciso 3º, deducción que entraña darle “un alcance superior” a las preceptivas contenidas en la norma, ya que el restablecimiento del derecho es completamente diferente al tema de la indemnización de perjuicios, arguye el libelista con fundamento en una posición doctrinaria que cita, pues, si bien el canon en cuestión dispone la no condena por perjuicios en presencia de la circunstancia allí anotada, nada dice acerca del restablecimiento del derecho.

Violando pues el juez el principio que dispone que no hay sanción sin norma previa que la contemple, procedió a extenderle al citado Art. 55 unos efectos que no contiene y sancionó a la parte civil negándole el examen del restablecimiento del derecho pedido.

Por consiguiente, al dictar sentencia y aplicar la referida norma, dejó de hacerlo respecto de los Arts. 14 y 61 del Dto. 2700 de 1991, restándole eficacia a una de las medidas previstas por el legislador para procurar la restauración de los derechos vulnerados con la ilicitud.

Que se case el fallo y se acceda a las mismas pretensiones relacionadas en el primer cargo, es la aspiración del actor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de señalar los fundamentos legales en que se finca la casación cuando exclusivamente versa sobre perjuicios y de resumir en apretada síntesis lo que en materia de violación indirecta de la ley sustancial tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de

Casación Civil y Agraria de la Corporación, en relación con el primer cargo sostiene la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal que “el censor se refiere a un error de hecho y toca un tema de interpretación de las pruebas que se queda en el limbo por no concretar si la acusación de la sentencia en casación tiene que ver con una distorsión, cercenamiento o indebida parcelación de la prueba, o con vicios en la valuación por sana crítica, como que es axiomático que una eventual preterición o suposición no hace referencia el libelo.”

No obstante la deficiencia técnica atrás anotada, en el entendido de que la segunda censura dice relación con temas íntimamente conectados como son el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, así como la eventual falta de identidad entre personas jurídicas y las naturales que concurren a su formación; la Delegada estimó procedente responder de fondo este cargo, previo examen de la separación que resulta menester hacer de dichas personas.

Luego de juicioso estudio acerca de lo que la doctrina ha venido decantando en relación con la división entre personas físicas o naturales y jurídicas o morales, y su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, explica la agente del Ministerio Público que aplicando la teoría de la penetración de la personalidad jurídica, lo que hizo el Tribunal de Cali al fundir en un mismo crisol la personalidad jurídica de “Naldecon Ltda.”, con la persona natural de Fernando Hernández Gaitán respecto de la condena padecida por aquélla en el juicio civil que se menciona en las diligencias, “fue correr el velo corporativo que habilidosamente había intentado poner la sociedad comercial INVERSIONES VELAR LTDA., representada legalmente por MARY LUCY CASAS FIGUEROA, con el fin de lograr que por el mismo contrato incumplido fuera beneficiada con una condena en un proceso civil contra la compañía manejada por el sindicato, y en el proceso penal con otra condena al pago de perjuicios y restablecimiento del derecho a cargo del mismo procesado.

“(…) Dicho de otro modo, si el señor FERNANDO HERNÁNDEZ GAITÁN utilizó a la compañía NALDECON LTDA. para defraudar a la sociedad INVERSIONES VELAR LTDA., en materia civil con la condena penal al pago de perjuicios y restablecimiento del derecho basta o, como aquí ha ocurrido, si contra su sociedad se ha adelantado proceso civil para la mentada indemnización y reparación, no puede argumentarse con validez, como lo hace el censor, que como esa sociedad es una persona jurídica distinta del sindicado a voces del artículo 98 del Código de Comercio, por virtud del mismo incumplimiento contractual pueda resultar una condena civil y otra penal que disponga en últimas la misma reparación.

En el caso de marras, es axiomático que la renombrada separación de persona jurídica y persona natural, se desvanece por su aspecto patrimonial; ¿por qué? Porque la situación de los socios frente a la compañía mejora si luego de haber transferido esa sociedad, en virtud de una estafa, un bien inmueble de su propiedad a cambio de unos materiales de construcción que nunca le fueron entregados, pero recibe finalmente el precio que había pagado por los elementos que en el aire se quedaron más los elementos moratorios (...)

Con tales reflexiones, queda claro que ninguna interpretación errónea hubo en relación con el pluricitado Art. 55, considera la Sra. Procuradora Delegada, y por consiguiente no le es atribuible al fallador yerro alguno en la aplicación del mentado precepto.

Ahora, frente al tema del restablecimiento del derecho y del de la indemnización de perjuicios, ambos se encuentran íntimamente ligados, como que desde el punto de vista de la victimología teleológicamente significan lo mismo, es el parecer de la Delegada. Así como el restablecimiento del derecho puede operar durante el desarrollo del proceso, valga decir, cuando aún no se ha proferido sentencia, la indemnización de perjuicios es un acto propio privativo del fallo. Demostrado como se tiene que en el proceso civil de

marras lo que en efecto se operó fue una indemnización de perjuicios, pues lo que se dispuso en dicha sentencia fue dar a la parte ofendida el equivalente en moneda al valor de los bienes inmuebles enajenados, más los intereses moratorios, mal puede ahora pretender también la devolución de esos apartamentos cuyo pago ya se le hizo y los frutos civiles que ellos pudieron haber rendido.

En suma, los cargos no deben prosperar y en consecuencia la Delegada sugiere no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como la impugnación extraordinaria promovida por el demandante dice relación con el interés que como sujeto procesal representante de la Parte Civil afirma le asiste, la Corte previo a cualquier otro pronunciamiento entrará a verificar si realmente existe interés jurídico para recurrir en quien se reputa agraviado por el fallo de segunda instancia.

En vigencia del decreto 2700 de 1991, la Sala en repetidas oportunidades realizó las precisiones de rigor cuando de reclamar perjuicios en sede de casación se trata, consideraciones que en lo pertinente hoy mantienen su vigencia frente a las regulaciones que acerca de la misma materia consagra el nuevo Código de Procedimiento Penal. En una de ellas dijo la Sala¹:

“a) Si el recurso se interpone para censurar exclusivamente el contenido penal del fallo, será procedente si éste fue proferido en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar, y que al menos uno de los delitos de que trata tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo, atendidas las circunstancias de agravación y atenuación modificadoras de la punibilidad, sea o exceda de seis (6) años. (Artículo 218 del C. de P. P. incisos 1o. y 2o.).

“b) Cuando el objeto de la demanda es impugnar únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria de segunda instancia dictada por alguno de los Tribunales mencionados, no juega para nada el requisito de la pena correspondiente al delito, pero en su lugar, para que el recurso sea procedente es necesario que la cuantía de la resolución desfavorable al recurrente sea la requerida para recurrir en casación civil, y que la demanda se presente por esas causales. (Art. 221 C. de P. P.).

“c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil”.

Cierto es que la casación tiene como uno de sus fines procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia recurrida, empero, para poder acceder a este extraordinario medio de impugnación, es menester que quien la promueva se encuentre legitimado, valga decir, que se trate de un sujeto procesal a quien la ley faculta para impugnar, y que tenga interés, el cual se manifiesta con el perjuicio irrogado en la decisión atacada. Conforme con las preceptivas contenidas en el artículo 221 del decreto 2700 de 1991, subrogado por el artículo 208 de la ley 600 de 2000, ese interés surge cuando la cuantía del agravio argüido corresponde a la establecida en las normas que regulan la casación civil.

A tal efecto, en relación con el primer aspecto ningún problema resulta como quiera que se trata del reclamo instaurado por el apoderado de la Parte Civil, sujeto procesal habilitado por la ley para impugnar en casación la sentencia proferida por un Tribunal de Distrito Judicial que, en su sentir, le irroga daño. Respecto del segundo punto, es

necesario precisar ante todo que la cuantía para recurrir en casación en materia civil en la actualidad se rige por la Ley 592 del 12 de julio del año 2000, Art. 1º; dicho precepto estatuye que la impugnación extraordinaria procede contra las sentencias allí relacionadas, “cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de cuatrocientos veinticinco (425) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La sentencia de segunda instancia recurrida se profirió el 28 de septiembre del año próximo pasado (2000), y en lo que toca con el interés de la Parte Civil en el referido proceso penal, se decretó la nulidad de su actuación a partir del 1º de julio de 1992, declarándose la ineficacia de lo resuelto en el fallo de primer grado en cuanto al reconocimiento que a título de indemnización de perjuicios por valor de \$45'292.200 en su favor se hizo, como también el desembargo de la medida especial allí decretado.

Como de acuerdo con el criterio que la Sala tiene sentado sobre el tema, el perjuicio ha de estimarse al momento de proferirse la decisión, el valor de las pretensiones consignadas en la demanda de constitución de parte civil ascendían a la suma de cien (100) millones de pesos, 40 por perjuicios morales y 60 por los materiales (Fls. 72 a 88 y 99 Fte. y Vto. del cuaderno Nº 1), porque, como también lo ha especificado la Corte, los hechos y las pretensiones de la demanda de constitución de parte civil deben estar en consonancia con el pronunciamiento del juez que la decide, toda vez que:

“El ejercicio de la acción indemnizatoria supone la presentación de la demanda y ésta debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, debiendo ser inadmitida si no los satisface (49). Si entre las exigencias de contenido del libelo se establecen el señalamiento de los hechos causantes de los daños y perjuicios, así como la determinación de éstos ‘... y la cuantía en que se estima la indemnización de los mismos...’ , es porque con fundamento en dichos hechos y pretensiones debe producirse la sentencia, sin que le sea dable al juez fallar

más allá o por fuera de lo pedido.”² (Subrayas fuera del texto).

Para el año 2000, el salario mínimo legal mensual ascendía a la suma de \$260.100, lo que multiplicado por 425 arroja un valor de \$110'542.500, cuantía en la que, conforme a lo establecido en el Art. 1º de la Ley 592 de 2000, se hallaba establecido el interés patrimonial para recurrir en casación.

Así las cosas y probado como se tiene que para la fecha en que se profirió la sentencia causante del supuesto agravio, éste comportaba un menor valor (\$100'000.000) que el requerido para tener interés en la impugnación extraordinaria para dicho momento (\$110'542.500), la pretensión del recurrente debe ser desestimada.

En punto a la falta de interés, tiene dicho la Sala que cuando aquélla sólo se hace ostensible en el instante de entrar a proveer de fondo, el libelo habrá de desestimarse, “pues siendo que la decisión que correspondería es la del fallo para decidir sobre las pretensiones del casacionista y para ello tiene que haberse cumplido las exigencias sustantivas y procesales previstas por la ley como supuestos, la subsistencia generador del vicio lo impide, ya que como sucede en casos como el presente, la falta de interés para recurrir por parte del demandante para formular un ataque como el que ha presentado, continúa produciendo, material y jurídicamente, los mismos efectos negativos atribuibles desde el momento en que se recurrió el fallo del Tribunal, no quedándole otra alternativa a la Corte que la de desestimar oficiosamente la demanda, pues la simple inadvertencia de la causa a la hora de concederse el recurso o de admitirse la demanda no hace que el vicio pierda eficacia, sino que lo que era causa de rechazo o inadmisión se convierta en causa de desestimación, ya que todo depende de la fase procesal en que se tome la decisión, pues el auto de admisión erróneamente proferido, no obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y determinar el vicio o la índole de la pretensión, dado que carece de fuerza vinculante no porque se estime ilegal, sino porque carece de efecto, y pensar

en atribuirle capacidad saneadora al auto de admisibilidad equivaldría, como se ha dicho, a comprometer a la Corte en el nuevo error de asumir una competencia de que carece, la cual queda limitada exclusivamente a tomar esta decisión, dado que el objeto de fallo, como es la demanda, no puede proferirse ante su ineptitud.”³

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

DESESTIMAR la demanda de casación que con ocasión de este asunto presentó el apoderado de la Parte Civil.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

¹ Casación del 30 de julio de 1996. M.P. Ricardo Calvete Rangel

2 Casación del 18 de febrero de 2000. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar

3 Casación del 20 de abril de 1999. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote