

Proceso No 27319

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No.162

Bogotá, D. C., seis (6) de septiembre de dos mil siete (2007).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 29 de junio del 2004, el Juzgado 25 Penal Municipal de Medellín declaró al señor Diego Antonio Agudelo Pérez autor penalmente responsable de la conducta punible de hurto agravado. Le impuso 20 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y le concedió la condena de ejecución condicional.

El fallo fue recurrido por el defensor y ratificado por el Juzgado 15 Penal del Circuito de la misma ciudad el 16 de diciembre siguiente.

El mismo apoderado acudió a la casación excepcional, que fue concedida y admitida por la Sala en auto del 22 de junio del 2005.

Recibido el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la Sala resuelve de fondo.

HECHOS

En julio de 1999, Octavio Giraldo Lenis y Diego Antonio Agudelo Pérez suscribieron un “Acuerdo de Intermediación”, en virtud del cual el último se comprometía a vender los productos de la empresa del primero, “Distrijeans Limitada”, a tomar los pedidos y a realizar los cobros, a cambio de lo cual, aquél le cancelaría una comisión “del 2,5% sobre recaudos y el 2,5% sobre ventas”.

Se aclaró que el intermediario podía tener una oficina y contratar personal por su cuenta y riesgo, sin que esa circunstancia generara obligaciones para Giraldo Lenis, ni relación contractual alguna, y que se comprometía a inscribirse en la Cámara de Comercio, a facturar las comisiones y el impuesto al valor agregado (IVA). Por su parte, la empresa se obligaba a entregar al intermediario un presupuesto mínimo mensual para que pudiera cumplir su gestión. Las partes acordaron que las diferencias que surgieran por la interpretación, aplicación, ejecución o liquidación del convenio, serían dirimidas por un tribunal de arbitramento.

Entre diciembre del 2000 y marzo del 2001, Agudelo Pérez recogió un total de \$ 7.300.000, de lo cual no dio aviso y consignó el dinero en su cuenta personal.

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación, el 20 de mayo del 2003 la fiscalía acusó al sindicado como autor del delito de hurto agravado por la confianza.

Luego fueron proferidos los fallos indicados.

LA DEMANDA

El defensor afirma la necesidad de que la Corte desarrolle su jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica del “contrato de intermediación”, cuya ejecución confería al procesado poder de disposición sobre el dinero recaudado.

Estima que es necesario que el Tribunal de casación precise si ese pacto permite tipificar el delito de hurto agravado por la confianza, cuando el mismo difiere de aquellos convenios en donde el tenedor es un dependiente, empleado, criado o simple cuidador, temas estos sobre los que sí se ha ocupado la Sala de Casación Penal.

Con fundamento en lo anterior formula un cargo único por violación indirecta de los artículos 239 y 241.2 del Código Penal, producto de un error de hecho causado por un falso juicio de identidad.

Trascribe el contrato celebrado entre las partes y concluye que de él se colige la total autonomía que tenía el procesado, incluso para recibir dinero, de donde surge que no era un dependiente, un empleado, sino un vendedor autónomo, a quien sólo competía entregar los saldos de dinero resultantes de tomar para sí las comisiones y los gastos reconocidos, pues sobre el manejo de los recaudos tenía plenos poderes.

Aclara que el juez de segunda instancia distorsionó el contenido de ese documento, porque desconoció la verdadera relación jurídica allí contenida y coligió que el acusado recibía los dineros como simple dependiente que solamente tenía una relación física con esas sumas, además de que concluyó en inexistentes relaciones de mandato, o laboral, o de prestación de servicios.

El yerro condujo al proferimiento de una condena por un hecho que simplemente constituía el incumplimiento de una obligación comercial, pues jamás hubo “apoderamiento” de lo ajeno.

Solicita se case el fallo y sea mudado por uno absolutorio.

POSICIÓN DEL NO RECORRENTE

El apoderado de la parte civil se pronuncia por la desestimación de la demanda, pues

considera que las conclusiones del casacionista son producto de su “imaginación”, porque el contrato no estipula que todos los gastos en que incurriese el acusado serían sufragados por el denunciante, sino que le era asignado un presupuesto mensual y era éste, no todo lo recaudado, lo que podía utilizar como a bien tuviera.

Tampoco es cierto, agrega, que el procesado estuviera autorizado para descontar por adelantado sus comisiones, pues debía entregar lo recibido y el contratante era quien hacía la liquidación y procedía a pagarle, pues había dos comisiones, una sobre ventas, y otra sobre recaudados, pero la última quedaba supeditada a que fuera logrado en 90 días.

Dice que las expresiones del Ad quem sobre “mandato y relación laboral” fueron empleadas en un sentido natural, no para darles connotación jurídica.

Así, el error denunciado no existió, porque, además, el demandante obvió que su acudido estaba obligado a consignar el dinero en las cuentas de la empresa, no en las personales suyas.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Recomienda la desestimación de la demanda y la intervención oficiosa de la Corte para que case la sentencia y cambie la conducta deducida, hurto agravado por la confianza, por la de abuso de confianza, con la consiguiente redosificación punitiva. Sus motivos son:

1. El contrato suscrito entre Octavio Giraldo y Diego Antonio Agudelo Pérez es de los denominados de mandato comercial con representación, que tácitamente fue prorrogado por las partes.

Así, ese convenio de intermediación fue el instrumento que dio lugar a la apropiación de

los dineros recibidos por el sindicato a favor de la empresa, pues debiéndolos consignar en las cuentas de ésta, lo hizo en las suyas, conducta que tipifica el abuso de confianza, respecto del cual se cumplió el requisito de procedibilidad, pues la denuncia fue presentada antes del vencimiento del lapso para que operase la caducidad de la querella.

2. No se estructura el hurto, porque en éste hay apropiación de bienes sobre los que no se ha adquirido una tenencia legítima. En el caso investigado, Agudelo Pérez recibió los dineros a título fiduciario, a nombre de la empresa, en su condición de mandatario.

CONSIDERACIONES

De manera oficiosa, la Sala casará el fallo en los términos propuestos por el Ministerio Público, situación que comporta la desestimación de las pretensiones del demandante

Las siguientes son las razones:

1. El documento de folio 58 fue suscrito en julio de 1999 entre Octavio Giraldo Lenis (la empresa) y Diego Antonio Agudelo Pérez (el intermediario) y lo denominaron “Acuerdo de Intermediación”, en virtud del cual el último se comprometía a vender los productos de la empresa del primero, “Distrijeans Limitada”, a tomar los pedidos y a realizar los cobros, a cambio de lo cual, aquél le cancelaría una comisión

“del 2,5% sobre recaudos y el 2,5% sobre ventas. Las partes acuerdan que después de 90 días del vencimiento de las facturas, no habrá derecho alguno a reconocer ni reclamar dicha comisión”.

Se aclaró que el intermediario podía tener una oficina y contratar personal por su cuenta y riesgo, sin que esa circunstancia generase obligaciones para Giraldo Lenis, ni relación contractual alguna (éste, se advirtió, sólo pagaría al intermediario la comisión pactada), y que aquél se comprometía a inscribirse en la Cámara de Comercio, a

facturar las comisiones y el impuesto al valor agregado (IVA). Por su parte, la empresa se obligaba a entregar a Agudelo Pérez un presupuesto mínimo mensual para que pudiera cumplir su gestión.

2. La reseña de las reglas del contrato permite inferir, con el apoderado de la parte civil, que la distorsión denunciada por el casacionista obedece, no a una estimación judicial errada, sino a que parte de presupuestos inexistentes en el documento, esto es, que quien tergiversa el contenido real de la prueba es el impugnante.

En efecto, el “acuerdo de intermediación” por parte alguna autorizaba al intermediario a “cobrarse por la derecha”, esto es, a descontar de los recaudos cobrados lo que consideraba era suyo y entregar los remanentes a la empresa. Por el contrario, expresamente se convino que sería Giraldo Lenis -la empresa- quien “pagará al intermediario la comisión pactada”. Así, la actividad de pagar lo debido al intermediario debía provenir, según lo convenido, de la empresa.

Tampoco coincide con el texto del contrato decir que el intermediario podía invertir el dinero recibido como a bien tuviera, pues ello sólo podría decirse, y parcialmente, en relación con el “presupuesto mínimo mensual”, pues la libertad de uso se condicionaba a que se dirigiera a “fin de cumplir adecuadamente” la tarea convenida. No había, por tanto, una “independencia” total de manejo. Por esta vía, además, se demuestra de nuevo que el intermediario no podía “auto-pagarse”, sino que era la empresa la que hacía tal, pues incluso con ese presupuesto mínimo mensual así quedó estipulado.

Nótese cómo de las dos comisiones pactadas, una de ellas, la relacionada con los “recaudos”, se condicionó a que el cobro fuera hecho efectivo dentro de los 90 días siguientes. Es decir, cuando se excediera el lapso no había lugar al reconocimiento de la comisión. De tal manera que resultaba imperioso que la empresa constatará el no vencimiento del plazo y sólo así avalara la entrega de dineros al procesado. Por modo

que cuando menos sobre este rubro mal podía el acusado hacer descuentos.

En esas condiciones, es claro que el deber de Diego Antonio Agudelo Pérez, derivado del contrato (que el recurrente considera valorado en forma tergiversada), era entregar a la empresa los dineros recaudados, para que ésta, hechas las liquidaciones que allí mismo fueron reglamentadas, procediera a pagarle las comisiones correspondientes.

Como los jueces tuvieron por demostrado que el acusado no actuó de esa manera, sino que, por el contrario, procedió a consignar las sumas recogidas en su cuenta personal, la conclusión defensiva sobre que el asunto se tornaba en un simple incumplimiento de un contrato civil se muestra desfasada de la realidad probatoria, pues existió ánimo conciente y voluntario de apropiarse de los dineros ajenos, al punto que, o personalmente, o a través de terceros por indicaciones suyas, hubo depósitos en cuentas bancarias, no de “Distrijeans Limitada”, sino de Agudelo Pérez, depósitos que, por otra parte, superaban el valor de las comisiones.

Con la lógica defensiva, entonces, cuando menos lo que sobrepasara el monto de las comisiones debió ser depositado a nombre de “Distrijeans”. Como el procesado no hizo tal, resulta incontestable la apropiación ilícita sobre estos rubros.

3. En relación con los elementos que diferencian las conductas punibles de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza, la Sala tiene dicho¹:

“Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que son varias las diferencias que pueden establecerse entre los punibles de hurto agravado por la confianza y abuso de confianza, tal como atinadamente lo señaló la Juez...

En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, también lo es que en el delito de

hurto agravado el bien puede estar en poder del agente pero sin vínculo jurídico sobre el mismo, ya que el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se encuentra en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del sujeto activo de la infracción.

Sobre este aspecto la Corte ha sostenido:

“Repetidamente se ha dicho por esta Corporación que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico.

“A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente ‘por un título no traslativo de dominio’; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

“El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

“Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos..., no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos”. (Casación del 17 de enero de 1984, M. P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo)”.

Recientemente², afirmó lo siguiente:

“La distinción, bastante problemática, entre el delito de abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, puede afrontarse desde una triple perspectiva que involucre el bien jurídico, la ontología de la conducta y el sentido normativo de la misma.

Desde una visión político criminal de las normas penales se puede concluir, por el énfasis que hiciera el legislador en el principio de lesividad, que la lesión o el riesgo para el bien jurídico se constituye en la esencia del injusto y de allí la necesaria referencia a la categoría dogmática de la antijuridicidad como expresión de los desvalores de acción y de resultado (artículo 11 del código penal).

Desde ese margen se puede sostener, igualmente, que sólo las conductas seleccionadas por el legislador tienen la aptitud de vulnerar la relación social concreta y prejurídica que encarna el bien jurídico y que por la dinámica de los procesos de interacción puede afectarse de diversas maneras, como ocurre con bienes jurídicos como el de patrimonio económico, que puede lesionarse o ponerse en riesgo mediante la apropiación (abuso de confianza), el apoderamiento (hurto), la coacción (extorsión), el engaño (estafa), o conductas afines (defraudación) que implican respuestas punitivas diversas dependiendo de la gravedad, modalidad e intensidad del ataque.

Así se puede explicar, mediante una primera aproximación, la razón por la que, pese a su similitud y a proteger un mismo bien jurídico, los delitos de abuso de confianza y hurto

agravado por la confianza terminan distinguiéndose como expresiones de sentido que responden a diversas estructuras ontológicas y a una concreta modalidad de afección, las cuales el legislador extrae de la realidad y las sanciona de manera diversa, como corresponde a sus perfiles óntico y valorativo.

Por eso, nótese que la apropiación, como núcleo rector del tipo penal del abuso de confianza, contiene un juicio de valor que hace énfasis en la relación que surge entre la víctima y los bienes (la mera tradición), mientras que en el hurto, el apoderamiento, si bien también corresponde a una expresión jurídica, mira más a la ontología de la conducta, a una relación fáctica.

Si se quiere, en el abuso de confianza la apropiación tiene explicación en un marcado acento jurídico, pues ella surge como consecuencia de la entrega en confianza de un bien que se recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento en el hurto dice relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable.

En éste sentido, la Corte ha expresado lo siguiente:

“en el primer caso su nomen iuris se debe a que la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslativo de dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta ‘administración fraudulenta’, mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento.

“Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya confiado o entregado con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho

habiente y el receptor, entendido éste como la existencia de una comunicabilidad de circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, si exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación”3.”

4. La acción investigada, que consistió en que el procesado se quedó con el dinero recibido, que debía entregar al denunciante o consignar en las cuentas de éste, se originó en el convenio escrito celebrado entre ellos y que denominaron “Acuerdo de intermediación”, en virtud del cual, en términos generales, Agudelo Pérez vendía productos de propiedad de Giraldo Lenis y recaudaba el precio de tales transacciones, esto es, que contractualmente estaba autorizado por el dueño de la mercancía (y, por ende, del dinero entregado por ella) a recoger las sumas percibidas por esos negocios.

Así, el dinero apropiado indebidamente era recibido por el sindicado en virtud de un contrato válidamente realizado, pacto que lo puso en relación jurídica con las sumas, que si bien eran de propiedad de Gil Lenis, éste lo autorizó para recaudarlas. En esas condiciones, la tenencia de la cosa por parte de Agudelo Pérez resultó legitimada por la expresa y escrita autorización hecha por el dueño de la misma, según el contrato lícito que suscribieron.

Ese acuerdo o contrato de intermediación, como atinadamente concluye el ministerio público, constituye una especie del denominado “contrato de mandato”, descrito en el artículo 2142 del código Civil, pues que, en efecto, una persona (el denunciante) confió a otra (el acusado) la gestión de sus negocios (la venta de su mercancía y el recaudo de los pagos respectivos). De manera más concreta se está ante el “contrato de mandato comercial” de que trata el artículo 2162 del Código de Comercio, en cuanto una parte se

obligó a ejecutar actos de comercio por cuenta de otra.

5. Si ello es así, en la línea argumentativa que se trae, se concluye que los jueces se equivocaron en el proceso de adecuación típica, porque resulta incontestable la legitimación para la tenencia del dinero por parte de Diego Antonio Agudelo Pérez, en cuanto ella le fue cedida por el dueño, esto es, que el último, a través de autorización expresa para hacer los cobros, le entregó esas sumas mediante un título no traslativo de dominio.

Esa conducta, bajo el nombre de “abuso de confianza”, la definen, tipifican y sancionan los artículos 358 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, y 249 de la Ley 599 del 2000, en vigor actualmente.

La Sala, en consecuencia, debe intervenir oficiosamente, toda vez que los juzgadores infringieron directamente, por aplicación indebida, las disposiciones penales que tratan de la conducta punible de hurto agravado por la confianza, en tanto que dejaron de aplicar aquellas reguladoras del abuso de confianza, que eran las que con propiedad recogían en su integridad el comportamiento investigado.

Lo hará para mudar el delito por el que finalmente debe ser sancionado el acusado, procedimiento que en modo alguno vulnera sus derechos fundamentales. Por el contrario, se los respeta y restablece, como que (I) el núcleo central de la acusación (la apropiación de dineros ajenos) permanece inalterable; (II) en vigencia de la Ley 600 del 2000, bajo cuyo imperio se adelantó el juzgamiento, el juez no se encuentra atado a moverse dentro del respectivo capítulo (como sucedía en estatutos anteriores); y, (III) punitivamente el cambio resulta benéfico para el sujeto pasivo de la acción penal.

6. En punto del presupuesto de procedibilidad, se tiene que el último acto de apropiación sucedió en marzo del 2001. Para entonces regía el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2° de la Ley 81 de 1993 que supedita la

actuación judicial a la presentación de querrela de parte. El artículo 32 procesal establecía un lapso de un año como de caducidad, término que no transcurrió pues la denuncia fue presentada el 9 de abril de aquel año.

7. Sobre la punibilidad, dígase:

(I) La acusación no especificó la norma sancionatoria. Solamente anunció el título VII, Capítulo Primero, del Código Penal, aspecto que unido a la precisión de la pena de 2 a 6 años de prisión, permite inferir que se trata del artículo 239 de la Ley 599 del 2000. No dedujo ninguna circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, porque la allí citada hace referencia al hurto agravado por la confianza, que se ha descartado.

(II) El juez de primera instancia, avalado por el Ad quem, dijo escoger por favorabilidad del Decreto 100 de 1980. No citó la disposición, pero se deduce que aplicó sus artículos 340 y 351. Ubicado en el cuarto mínimo, por la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo impuso 20 meses, esto es, que al mínimo legal (14) le adicionó 6 meses, esto es, el 25,5% del máximo que le era permitido.

(III) Como la conducta se desplaza al abuso de confianza, enfrentados los artículos 358 y 249 de los Códigos Penales de 1980 y 2000, respectivamente, surge favorable el primero, en cuanto si bien los topes mínimos (de los que partieron los jueces) son iguales, la pena de multa en el primero va de mil a cien mil pesos, en tanto que en el último se mueve entre 10 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En traslado de los criterios de los jueces, se tiene que aplicado el 25,5% a los límites mínimos legales, las sanciones que debe cumplir el acusado serán de 15 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas y \$ 1255 de multa.

En virtud 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,

RESUELVE

1. No casar el fallo impugnado, en los términos reclamados por la demanda del defensor.
2. Casar, oficiosa y parcialmente, la sentencia del 16 de diciembre del 2004, proferida por el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín, exclusivamente para dejar en 15 meses las penas de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y en \$ 1255 la multa, que debe cumplir Diego Antonio Agudelo Pérez, como autor responsable de la conducta punible de abuso de confianza, y no de hurto agravado por la confianza.

En lo restante, la sentencia permanece vigente.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto del 26 de junio de 1997 (radicado 13.139).

2 Sentencia del 24 de enero del 2007 (radicado 22.412), reiterada el 7 de marzo del 2007 (radicado 24.793).

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación del 17 de febrero de 1999, radicado 11093.