

Proceso No 26638

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No.193

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 20 de abril de 2005, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Montería declaró al señor Emiro Milad Barguil Banda autor penalmente responsable de la conducta punible de hurto agravado por la confianza. Le impuso 14 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y le otorgó la condena de ejecución condicional.

El fallo fue recurrido por el defensor y por el apoderado de la parte civil. El Tribunal Superior de la misma ciudad lo ratificó el 3 de mayo del 2006, pero modificó la conducta imputada, que dijo era la de abuso de confianza y fijó las sanciones principal y accesoria en 25 meses.

El nuevo apoderado interpuso casación, que fue concedida.

Recibido el concepto de la señora Procuradora Tercera Delegada en lo Penal, la Sala resuelve de fondo.

HECHOS

Mediante escritura pública número 2803, otorgada el 28 de diciembre de 1992 en la Notaría 1ª de Montería, el señor Emiro Milad Barguil Banda constituyó hipoteca abierta de primer grado y sin límite de cuantía a favor del Banco Popular sobre dos inmuebles rurales denominados “Los Llantos”, con extensión de 136 hectáreas, cada uno, con folios de matrícula inmobiliaria números 140-0018808 y 140-0018825, bienes que el 6 de abril de 1984 fueron valuados en \$ 326.400.000 y el 24 de octubre de 1995 en \$ 680.000.000.

Con similar documento, del 15 de enero de 1998, suscrito en la Notaría 3ª de la misma ciudad, Barguil Banda vendió los inmuebles a Abel Enrique Gaviria y otros, por \$ 2.600.000.000. Las partes convinieron autorizar al Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, para que, en cumplimiento de la deuda adquirida por el señor Barguil Banda, pagara al Banco Popular \$ 470.400.000 en bonos agrarios, procedimiento que éste aceptó - escritura pública No.52 -.

Pero lo último sucedió porque a ese acto acudió como Gerente del Banco Popular en Montería la señora María Clara Olmos de Trheebilcock, calidad que acreditó mediante poder general conferido en la escritura 027 del 21 de enero de 1998, de la Notaría 6ª de Bogotá, mandato que no la facultaba para aceptar ese pago en bonos agrarios.

El Incora expidió los títulos a nombre del Banco Popular, pero la señora Olmos los endosó a Barguil Banda, quien los vendió y se quedó con el dinero, no obstante que debía entregarlo al Banco.

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación, el 7 de mayo de 2003 la fiscalía favoreció a la señora Olmos

con preclusión y acusó a Barguil Banda como autor del concurso de delitos de abuso de confianza calificado y alzamiento de bienes, previstos en los artículos 249 y 250.4 y 253, respectivamente.

La determinación fue recurrida. El 2 de octubre siguiente la Fiscalía Delegada ante el Tribunal avaló la acusación, pero mudó la conducta de abuso de confianza a la de hurto agravado por la confianza, de los artículos 349, 351.2 y 372.1 del Código Penal, y revocó, para precluir, lo relativo al alzamiento de bienes.

Luego fueron proferidos los fallos reseñados.

LA DEMANDA

En defensor formula cuatro cargos, así:

Primero. Causal tercera, nulidad, porque se permitió la intervención de un sujeto procesal -la parte civil-, que no tenía legitimidad y con ello se le habilitó para que impugnara la resolución acusatoria, que interviniera en la audiencia pública y que interpusiera apelación contra la sentencia, posibilitando la agravación de la pena.

En el proceso obra copia de la demanda ejecutiva mixta, que el 23 de febrero de 1999, antes de la apertura formal del sumario, presentó el Banco Popular contra el imputado, reclamando la ejecución de todas las obligaciones vencidas, las que habían sido pagadas con los bonos agrarios recibidos, pero sobre los que la entidad se retractó para crear artificialmente una extensión e intensificación de la deuda, reclama por doble vía, con desconocimiento del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita se invalide lo actuado por la parte civil, junto con las providencias proferidas a instancia suya, que el proceso regrese a la fase de instrucción y que, por tanto, se decrete la prescripción de la acción penal.

Segundo (subsidiario). Causal tercera, nulidad. La fiscalía de segunda instancia infringió la prohibición de reformar en contra del apelante único, porque declaró desierta la apelación interpuesta por la parte civil, con lo cual solamente revisó la de la defensa, que era apelante único, no obstante lo cual mudó la tipicidad de abuso de confianza a la de hurto agravado por la confianza, lo que tornó gravosa la situación del sindicado.

Reclama la misma solución de la censura precedente.

Tercero (subsidiario). Causal primera, violación indirecta de la ley sustantiva. Los jueces incurrieron en errores de hecho a través de los siguientes falsos juicios:

1. De existencia por omisión de los siguientes documentos:

. El poder general otorgado por un representante legal del Banco a María Clara Olmos, que la facultaba para actuar por éste en “todos los asuntos y cuestiones de índole administrativo y/o crediticio”, incluyendo la suscripción de escrituras en que constase la cancelación de gravámenes, la de notas de cesión de contratos o garantías y el endoso de pagarés.

De no haber excluido ese mandato, los jueces habrían concluido que la señora Olmos estaba habilitada para suscribir, en representación del Banco, la aceptación de pago de la escritura 52.

. De la escritura número 31, del 13 de enero de 1998, que refleja una transacción similar con Enrique Sotomayor, en la que el Banco aceptó el pago con bonos agrarios, deduciéndose que ese tipo de negocios no fue exclusivo del acusado.

. Del documento del 28 de de enero de 1998, con el que María Clara Olmos certificó que la deuda con el acusado ascendía a \$ 342.000.000.

. Del escrito del 4 de febrero siguiente, por el cual el sindicato solicita a la representante del Banco la cancelación anticipada de la hipoteca y reitera que hay expresa autorización de los compradores para que el Incora pague directamente la obligación al Banco. De aquí surgía el consenso para pagar, y que el Banco admitía esa cancelación con los bonos.

. De la solicitud del folio 196 (cuaderno 1) que el Gerente Regional del Incora hace a la Gerente del Banco Popular para que manifieste por escrito la aceptación del pago y su compromiso de cancelar la hipoteca.

. De la respuesta afirmativa que al anterior requerimiento dio la Gerente el 2 de marzo de 1998.

. De la petición que el 20 de abril de 1998 hicieron el acusado y Gioconda Cubillos a la Gerente del Banco de Montería para que les rebajara las tasas moratorias.

Este reclamo demostraba que otros directivos del Banco Popular desautorizaban el negocio celebrado por Olmos y se retractaban de la aceptación de pago, por lo que aquellos se vieron compelidos a intentar negociar los bonos en el mercado, por la fuerza de desequilibrio con el Banco que mantenía sin cancelar la hipoteca.

. De la autorización que el 24 abril de 1998 dio Carlos Sotomayor a la Gerente del Banco en Montería, para que negociara los bonos. Se demuestra: (i) que el Banco sí se retractaba de esas transacciones aceptadas; (ii) que el Banco tenía infraestructura para negociar los bonos; y, (iii) la actitud ilegítima por parte del Banco, que en el caso de Sotomayor no le significó mayores costos pues pudo conseguir el dinero para pagar en efectivo la imposición de la entidad.

. Del documento del 24 de abril de 1998, dirigido al Banco por Barguil Banda, autorizando a Manuel Duque y Orlando Vásquez para cerrar una transacción sobre los

bonos, para que con esa suma se hiciera un abono a las obligaciones reclamadas por el Banco, en demostración de su buena fe, porque más allá de lo que le era realmente exigible según la escritura 52, realizaba actuaciones para cumplir las exigencias unilaterales del Banco.

. De la comunicación del 27 de abril de 1998, mediante la cual el procesado cancela la anterior autorización, que demostraba su posición económica precaria, las fluctuaciones del mercado y su situación desventajosa para negociar.

. De los escritos de folios 71 y 72 (cuaderno 1), con los cuales el Banco Popular cambia la estrategia, pues intenta devolver los bonos al Banco de la República y al Incora, lo que sucede luego de negar el pago y antes de que el procesado recibiera los bonos, creando así la situación de hecho indicativa de que los títulos fueron recibidos en simple garantía, y no en pago.

. Del escrito que María Clara Olmos dirige, el 7 de mayo de 1998, al Gerente Regional del Banco en Medellín, a propósito de las respuestas dadas por el Incora y el Banco de la República, donde aquella explica que actuó por instrucciones del Gerente Nacional de Crédito, que las entidades se negaron a recibir esos títulos (pero porque el Banco Popular había aceptado el pago con esos bonos) y que solicitaba autorización para endosarlos al procesado, todo lo cual hace explícita la actitud del Banco de imponerle al acusado la recepción de los bonos.

. Del oficio del 11 de mayo de 1998, por el que el Gerente del Banco Popular de Medellín autoriza que los bonos sean cedidos y endosados a Barguil Banda sin responsabilidad del Banco, “con el fin de poner término al problema presentado”. “Problema” que solamente consistía en que la entidad quería imponer efectos irrazonables, producto de sus desautorizaciones internas.

. De la comunicación del 16 de junio de 1998, mediante la cual el Gerente Nacional de

Crédito del Banco Popular informa al Gerente Regional de Medellín que se había autorizado la reliquidación del crédito de Barguil Banda, siempre que el pago fuera efectuado antes de finalizar ese mes.

Se verifica la falta de claridad del Banco, que acepta el pago en bonos, luego se retracta, posteriormente fija plazos perentorios y tasas, todo lo cual determinó y compelió al sindicato a intentar mecanismos que le evitaran mayores perjuicios, como la venta de los bonos ante el incumplimiento del Banco de levantar la hipoteca, circunstancia que explica el endoso de los títulos y su recibo por el acusado, y no, como erróneamente concluyó el tribunal, que se tratara de un mandato para vender los bonos a nombre del Banco, aspecto que, por otra parte, debía estar expresamente regulado en cuanto a plazos y tasas de interés, nada de lo cual sucedió.

. Del oficio del 18 de agosto de 1998, con el que la Gerente del Banco en Montería pide información al Banco Santander de Bogotá sobre la suerte de los bonos, pues con ellos Barguil Banda debería pagar su obligación y, así, proceder a “levantar la hipoteca”.

Se demuestra que es a partir de agosto, no antes, que el Banco comienza a urdir la tesis de que la venta de los bonos estaba destinada a cancelar la deuda del procesado y a camuflar la ilegal retractación que pactó su representante legal.

. Del concepto rendido el 26 de agosto de 1998 por el abogado Jaime Augusto García Exbrayat a la doctora Gloria Cecilia Moreno, de la oficina jurídica del Banco Popular, sobre el estado de la obligación del indagado.

Este documento hace explícita la estrategia del banco, contribuye a explicar su comportamiento, muestra los errores en que estaban incurriendo las directivas y evidencia que con la entrega de los bonos se cumplió la deuda y que estos no fueron endosados a Barguil Banda por un título no traslativo de dominio.

. De los documentos del 25 de agosto y del 1° de septiembre de 1998, por los cuales el Gerente del Banco de la República informa al Incora sobre los bonos; del oficio del 21 de septiembre que el Gerente del Incora dirige a su similar del Banco Popular de Montería; y del escrito que contiene la coadyuvancia que el Incora tuvo que ejercer para apoyar la demanda ejecutiva que los campesinos adquirentes de los predios interpusieron para que la hipoteca fuera levantada.

Estos documentos acreditan la forma como realmente sucedieron los hechos, esto es, que no se tipificó el abuso de confianza, porque el procesado fue presionado por la posición dominante del Banco (con estrategias como retractarse del pago, no levantar la hipoteca) a recibir el endoso puro y simple de los bonos, deliberadamente elaborado para alegar posteriormente que jamás se había recibido el pago.

. De la carta de despido que el 1° de octubre de 1998 fue enviada a María Clara Olmos, que distorsiona los hechos sucedidos con Barguil Banda, al sostener que la operación sólo se vino a conocer en agosto, cuando es claro que Olmos mantuvo comunicación permanente desde enero, evidenciándose la doble faz del banco.

. De la demanda ejecutiva presentada el 23 de febrero de 1999 contra el acusado, que probaba la verdadera pretensión del Banco Popular: retractarse del pago hecho, que no menciona en ese escrito, para afirmar que a pesar de los requerimientos el acusado se negaba a cumplir su obligación.

2. De identidad en el documento suscrito por el procesado el 7 de julio de 1998, en el que cumpliendo una indicación de la Gerente solicita al Banco un plazo para pagar sus deudas.

El tribunal dice que en el escrito el acusado reconoce la motivación que hubo cuando le endosaron los bonos, pese a que los había negociado el día anterior, “por manera que de lo que ello se deduce es el propósito de defraudar”. Pero el escrito solamente pido una

prórroga (frente al anuncio hecho sobre que a final del mes de junio se iniciarían los juicios ejecutivos) y por parte alguna el sindicato acepta implícitamente que hubiera recibido los documentos endosados para negociarlos a nombre o a favor del Banco.

Todos los elementos de juicio citados permitían inferir que el proceder del Banco estuvo encaminado a la retractación del negocio aceptado, que resultaba jurídicamente inadmisibles, contraria al giro normal de los negocios, a la buena fe y al sentido común, además de que creó falsamente condiciones para revivir una obligación ya extinguida, en aprovechamiento de su posición dominante (tenía los pagarés y la hipoteca).

Solicita se case el fallo para que, por atipicidad de la conducta, se mude a uno absolutorio.

Cuarto (subsidiario). Causal primera, violación directa de la ley, por aplicación indebida de los artículos 249 y 267.1 del Código Penal del 2000 y falta de aplicación del artículo 361 del Decreto 100 de 1980. El último define el aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito.

En las páginas 14 y 15 de su fallo, el tribunal dio por demostrados los elementos típicos de esa figura, no obstante lo cual los adecuó al abuso de confianza. Allí el Ad quem admite que no existió una simple entrega material de los bonos al procesado, sino una fiducia implícita por parte del Banco, consecuencia de la actitud descuidada y negligente de su ex funcionaria, de donde surge que no hubo compromiso de restitución, propio del abuso de confianza, y que permite concluir que el acusado entró en posesión de los bienes a causa de los errores de juicio y de procedimiento de la ex Gerente.

Pide se case el fallo, para que se cambie el delito en los términos indicados y se declare la prescripción de la acción penal.

EL NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil se opone a las pretensiones del casacionista, porque:

1. La demanda civil del Banco contra el procesado no versó sobre las mismas obligaciones, pues el juicio civil perseguía la cancelación de la hipoteca, en tanto que la acción penal se instauró por su apropiación del dinero de los bonos, expedidos a favor del Banco, con los que ha debido redimir parte de sus deudas, pues con esa finalidad le fueron endosados.

Ese procedimiento, el sindicato lo llevó a cabo de mala fe, pues en escrito del 7 de junio de 1998 no solamente reconoce el objetivo preciso, sino que solicita un nuevo plazo para pagar con el producto de la venta de los bonos, cuando para ese entonces ya los había negociado. Al punto tal, que a la fecha no ha pagado un sólo peso ni por el gravamen ni por los bonos, luego mal puede pretenderse que la entidad crediticia esté deslegitimada para proteger sus intereses.

Además, la defensa nunca cuestionó la intervención de la parte civil, no obstante que fue notificada de su admisión, lo que elimina trascendencia al reclamo de nulidad.

2. Que la fiscalía de segunda instancia, en aplicación del principio de legalidad, mudara la tipicidad, en modo alguno vulneró el debido proceso, pues la variación operó en favor del sindicato.

3. En los supuestos falsos juicios de existencia e identidad, lo que hace el demandante es proponer un reexamen de la prueba, pues simplemente reprocha los criterios de valoración de los jueces.

4. La conducta del procesado no se enmarca dentro del artículo 361 del Código Penal de 1980 y la inferencia que el recurrente pone como palabras del tribunal obedece simplemente a la mala interpretación de los argumentos de éste.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Recomienda no casar la sentencia. Sus razones son:

1. Reseña la actuación de la parte civil, el cuestionamiento que en la fase de instrucción hizo la defensa sobre su reconocimiento, resuelto por la fiscalía sin que la decisión fuera cuestionada y concluye que el sujeto procesal no solamente tiene derecho a la indemnización pecuniaria, sino a perseguir la justicia y saber la verdad.

El cambio de delito realizado en la acusación de segunda instancia solamente preocupa al recurrente en cuanto se decidió con base en petición de la parte civil, que considera estaba deslegitimada. Pero el fiscal Ad quem revisó el punto a partir del cuestionamiento del defensor como apelante único y no encontró acertada su tesis de atipicidad, y a partir de ahí analizó los diferentes tipos penales en que podía ubicarse la conducta.

Por tanto, la fiscalía de segunda instancia no desbordó su competencia funcional, porque el tema de la tipicidad del comportamiento fue sometido a su valoración.

Ahora, si se considera que hubo afectación, la misma habría sido corregida por el tribunal que se ocupó del asunto para adecuar la conducta al delito de abuso de confianza. Por tanto, la nulidad pedida carecería de trascendencia pues ningún perjuicio se habría causado.

2. Los veinte cargos formulados como errores de hecho solamente pretenden reabrir el debate probatorio sobre asuntos que fueron debidamente analizados por los jueces, porque lo que se hace en cada reproche por falso juicio de identidad es cuestionar el grado de credibilidad conferido, y los falsos juicios de existencia por omisión apuntan a mostrar inconformidad porque el tribunal no extrajo de las pruebas las conclusiones pretendidas por el casacionista.

3. La apropiación que realizó el acusado del dinero representado en los bonos, no fue como consecuencia de su aprovechamiento de un error cometido por el Banco, porque es claro que éste se los endosó con el compromiso de que entregara a la entidad el producto de su venta, lo que no hizo.

Luego los elementos del tipo esgrimido no se encontraban demostrados, como tampoco las consideraciones del tribunal apuntan a ese sentido, pues lo que hace el libelista es cambiar el sentido de las razones del fallador.

CONSIDERACIONES

La Sala no casará el fallo demandado. Las siguientes son las razones:

Sobre la nulidad.

1. El casacionista reclama se retrotraiga lo actuado a partir del momento en que, en su criterio, se permitió la intervención ilegítima de la parte civil, porque al haberse probado que había demandado civilmente al acusado, debió ser rechazada su participación en el proceso penal.

En el expediente efectivamente consta que desde sus inicios se aportó documentación que demuestra que de manara separada, ante la jurisdicción civil, el Banco Popular instauró demanda ejecutiva con acción mixta contra el aquí acusado.

2. De la lectura de las pretensiones postuladas dentro del proceso ejecutivo surge incontrastable que lo allí reclamado era ajeno a lo pretendido dentro de la investigación penal. En efecto, allí se reclamaba al señor Barguil Banda el pago de obligaciones contraídas con la entidad a través de varios pagarés que respaldaban créditos concedidos entre los años de 1992 y 1997.

Por su parte, el hecho objeto de investigación penal consistió en que los bonos agrarios, cuyo titular era el Banco Popular, fueron recibidos por el procesado, previo su endoso, con el compromiso de hacerlos efectivos y entregar lo percibido a la entidad.

Con independencia de que la segunda actividad pudiera estar relacionada, o ser consecuencia, de la primera, lo cierto es que se trata de dos situaciones claramente escindibles, diferenciables y, por tanto, no asiste la razón en el reclamo, pues el Banco no estaba cobrando “lo mismo” por las vías civil y penal.

3. Nótese que en escrito del 24 de abril de 1998 (folio 73, cuaderno 1) el señor Barguil Banda realiza una serie de autorizaciones para negociar los bonos y finaliza:

“Autorizo para que con el producido del valor de estos Bonos sean Abonadas las Obligaciones de EMIRO BARGUIL BANDA y DEPOSITO NAIN”.

De tal forma que el dinero logrado por la venta de tales bonos, según el propio acusado, no constituía un pago, sino un abono a sus obligaciones. Así, la acción de la parte civil quedaría habilitada cuando menos por el saldo insoluto.

4. Desde otra perspectiva, tampoco es admisible la ilegitimidad reclamada tardíamente, como que las potestades de la parte civil dentro del proceso penal no apuntan exclusivamente, como al parecer entiende la defensa, a la indemnización de los perjuicios causados, sino que también tiene interés jurídico para coadyuvar en la búsqueda de la verdad y en la administración de una recta justicia, aspectos últimos que por sí solos legitimaban su intervención en el proceso penal.

5. Solicitud de nulidad fue hecha por la defensa en el curso de la investigación y a ella se le dio respuesta a través de providencia del 21 de julio de 2000 debidamente notificada, decisión con la cual estuvo conforme la parte defendida y que no recurrió. Esta

circunstancia pone de presente la ausencia de interés en la causa por la que hoy se aboga, máxime que aquel sujeto procesal fue reconocido de manera temprana, desde los inicios de la instrucción, mediante providencia del 28 de julio de 1999 debidamente noticiada.

Sobre las irregularidades en la acusación.

1. El segundo cargo postula que, al resolver la apelación propuesta contra la resolución acusatoria y cambiar la tipicidad de abuso de confianza por la de hurto agravado por la confianza, la fiscalía de segunda instancia infringió la prohibición de reformar en perjuicio del apelante único -el defensor-, por cuanto si bien la parte civil utilizó similar recurso, lo cierto es que su intervención fue declarada desierta.

Al respecto, el expediente muestra:

1.1. El 7 de mayo de 2003 se profirió la acusación de primera instancia. En ella, luego de descartar la estructuración del delito de hurto, el A quo dedujo el concurso de conductas de abuso de confianza calificado y alzamiento de bienes, previstos en los artículos 249 y 250.4 (en la parte motiva también fue citado el 267) y 253 del Código Penal del 2000, en su orden.

1.2. La defensa interpuso apelación. Argumentó a la segunda instancia que (i) la conducta del procesado no se podía adecuar al delito de abuso de confianza calificado, porque el Banco Popular no constituía una de las asociaciones a que se refiere el artículo 250.4 de la Ley 599 del 2000; (ii) la conducta era atípica porque al sindicato no le fueron entregados los bonos a título no traslativo de dominio, sino que la entidad los retornó a aquel como su dueño pleno, sin dejar expresa la condición sobre que debía retornar el dinero al Banco; (iii) el sindicato no pudo cometer el delito sobre bienes que eran suyos; y, (iv) no hubo alzamiento de bienes, porque nada se ocultó al acreedor; por el contrario, se vendió el predio con su autorización.

1.4. La parte civil entregó escrito de impugnación. Reclamaba que (i) la adecuación típica se diera por hurto agravado por la confianza porque solamente existió un precario encargo para actuar por otro; y, (ii) pidió acusación en contra de Gioconda Cubillos y María Clara Olmos, favorecidas con preclusión por el A quo.

2. Al desatar la alzada el 2 de octubre de 2003, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior razonó así:

2.1. La apelación de la parte civil fue interpuesta de manera extemporánea; por tanto, se abstuvo de considerarla y la declaró desierta.

2.2. Luego de resumir las motivaciones de la primera instancia y de la defensa, dijo que aquella se equivocó, pues la tipicidad exacta estaba dada por el hurto agravado por la confianza, descrito en los artículos 349, 351.2 y 372.1 del Código Penal de 1980.

2.3. Dijo que el abuso de confianza calificado escogido por el A quo era figura novedosa en el Código Penal del 2000, trasladado del denominado peculado por extensión del Estatuto de 1980, pero que aquel se descartaba, en cuanto la causal de calificación no se estructuraba, pues la entidad afectada no era una asociación sin ánimo de lucro. En estos términos compartió el análisis de la defensa recurrente.

2.4. Afirmó que el apoderado no tenía razón en cuanto a la pregonada atipicidad del comportamiento, pues el señor Barguil Banda sabía que los bonos se emitían a nombre del Banco para pagar una obligación del procesado. Por tanto, los títulos ingresaron al patrimonio de la entidad.

De tal forma que el retorno de los papeles a aquel fue por la confianza de la ex Gerente, en el entendido que sabía que representaban dinero ajeno y que lo entregaría al Banco, todo lo cual estructuraba el hurto agravado por la confianza. En este sentido modificó la acusación, luego de concluir que había prueba suficiente de responsabilidad.

2.5. Consideró que no se tipificaba el delito de alzamiento de bienes y precluyó la investigación por el mismo.

3. De la reseña surge, en principio, que no es cierto que a pesar de haber declarado desierta la apelación de la parte civil, lo que hizo la segunda instancia fue acoger sus pretensiones. Basta, para negar el aserto, observar que este sujeto procesal reclamada acusación en contra de Gioconda Cubillos y María Clara Olmos, pretensión que no mereció consideración alguna y, menos, decisión.

4. La censura del casacionista sobre que el cambio de delito fue resuelto sin que la fiscalía Ad quem tuviera competencia funcional, no coincide con la verdad procesal, pues el recuento precedente muestra que un tema de inconformidad del defensor consistió precisamente en la tipicidad del comportamiento, que si bien apuntaba a verificar que era atípico, habilitó al funcionario para precisamente realizar el juicio pertinente para verificar si lo sucedido se ubicaba en alguna conducta punible.

Dentro de tal valoración el fiscal concluyó que si bien asistía la razón al impugnante en punto de la no estructuración del abuso de confianza calificado, no ocurría lo mismo respecto de los demás tipos penales (como era su postura al reclamar atipicidad), pues sí se satisfacían los elementos del hurto agravado por la confianza.

5. Cabe decir que la esencia del comportamiento imputado no sufrió cambio alguno, pues si bien el nombre del delito varió entre la primera (abuso de confianza) y la segunda instancia (hurto agravado por la confianza), lo cierto es que en las dos adecuaciones se conservó el núcleo básico de la conducta imputada, cual fue la indebida apropiación de un dinero ajeno.

En esas condiciones, la única posibilidad de que la decisión de la fiscalía de segunda instancia hubiera perjudicado la situación de la parte defendida (única apelante), estaría dada en el campo de la punibilidad, cuya determinación debe ser valorada en el caso

concreto, según las circunstancias deducidas en las providencias, y no genéricamente como intenta el demandante.

El A quo señaló los artículos 249, 250.4 y 267 del Código Penal del 2000. El primero establece de 1 a 4 años de prisión; el segundo señala de 3 a 6 años y el último fija un aumento de una tercera parte a la mitad, para un total de 4 a 9 años de prisión.

Por su parte, las normas escogidas por la fiscalía de segundo grado son los artículos 349, 351.2 y 372.1 del Decreto 100 de 1980, conforme con los cuales el límite de 1 a 6 años (artículo 349), se aumenta de una sexta parte a la mitad (351) para quedar de 1,166 a 9 años, que incrementados de una tercera parte a la mitad (372), finalmente quedan de 1,554 a 13,5 años.

De tal forma que, en concreto, no hay tal de concluir que punitivamente el hurto agravado escogido resultaba perjudicial, porque comparados los topes de éste (de 1,554 a 13,5 años) con los de la conducta señalada por la primera instancia (de 4 a 9 años), se tiene que, en cuanto al límite inferior, el hurto (que escogió al segunda instancia) resultaba benéfico, pero en punto del máximo la figura favorable era el abuso de confianza (que adecuó el A quo).

6. Finalmente, como con tino concluye el ministerio público, el tribunal dejó la tipicidad en el abuso de confianza sin la causal calificadora, circunstancia que quita cualquier trascendencia al yerro, en el supuesto de haber existido, porque el reclamo de invalidación tiene como única pretensión que la adecuación quede en la conducta señalada por el fiscal A quo, que es la misma finalmente imputada por el juez de segunda instancia, contexto dentro del cual la irregularidad habría sido subsanada, descartándose la nulidad que, como remedio extremo, sólo es admisible en cuanto no exista otra vía de solución.

Sobre los errores de valoración probatoria.

Las sentencias de primera y segunda instancias, como bien lo sabe desde antaño el casacionista y lo recuerda en su demanda, conforman unidad inescindible en aquellos puntos pronunciados en el mismo sentido.

En ese contexto, se tiene que los jueces no excluyeron ninguna de las pruebas citadas por el recurrente. Varias de ellas fueron expresamente reseñadas, por oposición a las palabras del defensor.

Véase:

1. En la fijación de los hechos, el fallo del A quo afirmó que María Clara Olmos compareció e intervino en la escritura pública número 52, en su calidad de Gerente del Banco Popular, “lo que acreditó mediante poder general otorgado por la escritura pública No. 027 del 21 de enero de 1.998”. La mención expresa releva de cualquier comentario adicional, como que si el documento fue considerado, es evidente que no se pudo incurrir en un falso juicio de existencia por omisión sobre él.

2. El juzgado también valoró que el Banco de la República giró los bonos agrarios a favor del Banco Popular, “bonos estos que al ser recibidos por el banco acreedor, rechazó el pago de la obligación por este medio (F. 71, C. No. 1), optando la gerencia... por endosar los mismos a nombre del acusado”. Más adelante agregó que el Banco Popular, “en oficio dirigido al banco de la República y obrante a folio 71 del expediente cuaderno número 1, no acepta los referidos títulos como pago de la obligación...”.

La mención precisa del documento, con el folio donde obra, descarta el yerro de exclusión denunciado en el número 3.2.11 de la demanda.

3. La sentencia del tribunal concluyó que el acusado recibió en endoso los títulos, para que los negociara y con el producto de esa transacción cancelara sus obligaciones con el Banco, tras lo cual solicitó condescendencia para el pago, porque las fluctuaciones de la

economía lo afectaron,

“requiriendo autorización para colocarlos a un mejor precio –ver oficios leíbles a folio 73 a 75 del primer cuaderno original-. Es más, en el último de estos escritos, el de julio 7 de 1998, que es particularmente donde implícitamente reconoce la motivación que hubo cuando se le endosaron los bonos y pide otro plazo para pagar, ya había negociado estos, por manera que de lo que de ello se deduce es el propósito de defraudar los intereses de la institución acreedora”. 1

La cita pone de presente la equivocación del casacionista, puesto que en los números 3.2.9 y 3.2.10 de su escrito censura que los documentos obrantes en esos folios fueron excluidos en la valoración del Ad quem, lo que evidentemente no fue así.

4. El tribunal, dice el recurrente, incurrió en un falso juicio de identidad al apreciar la carta del 7 de julio de 1998 (folio 75, cuaderno 1), en la que el acusado se dirige al banco solicitando un plazo prudente para cumplir sus obligaciones. Dice el censor que la distorsión estuvo dada en la deducción de la corporación, según la cual en ese escrito el indagado reconoció implícitamente “la motivación que hubo cuando le endosaron los bonos y pide otro plazo para pagar”.

Para desestimar la censura, basta precisar que el cuestionamiento del impugnante apunta a la conclusión del Ad quem. Si ello es así, no existe distorsión alguna, porque esa deducción judicial debió ser cuestionada por vía del falso raciocinio.

Por lo demás, la inferencia del tribunal fue hecha luego de que con base en otros documentos concluyera que al procesado le fueron endosados y entregados los bonos para que los vendiera, con el compromiso de su parte de que el dinero logrado lo entregaría al Banco en pago de sus obligaciones, luego de lo cual agrega lo que dice la demanda, esto es, que del escrito de folio 75 se infería que el acusado implícitamente reconocía el motivo que llevó a que le fueran cedidos los bonos.

Esa circunstancia no solamente no comporta tergiversación alguna, sino que, en verdad, la lectura desprevenida de las palabras del sindicato en su comunicación del 7 de julio de 1998 (folio 75) no admite ninguna otra interpretación. En efecto, a pretexto de pedir una ampliación del plazo de pago, allí dijo:

... se produjo un alza en las tasas de interés... lo cual ocasionó a su vez una baja sustancial en el valor de los Bonos, que me ha perjudicado, al disminuir en un alto porcentaje el valor esperado a recibir...

Esperando de ustedes una actitud condescendiente ante ésta situación... la cual me ha afectado directamente en la negociación de los Bonos...".

Resáltese que el señor Barguil Banda pidió una reconsideración del plazo para poder pagar al Banco y como explicación informó los inconvenientes existentes para la venta de los bonos. Surge, entonces, que la excusa estaba relacionada con el pago, es decir, que de la transacción de los bonos dependía el cumplimiento de la obligación, o, lo que es lo mismo, que la última se cumpliría con esos títulos.

Si eso surge del escrito del procesado, la deducción judicial no solamente es válida sino necesaria, porque evidentemente ahí estaba el reconocimiento de que los bonos fueron recibidos con la única finalidad de entregar al acreedor el dinero percibido por su venta.

5. Los anteriores casos puntuales, demuestran la ausencia de razón en los cargos. De ellos y de los restantes relacionados por el impugnante, confrontados con los argumentos de los fallos de instancia, surge que realmente no se presentaron las exclusiones probatorias indicadas, sino que el anhelo defensivo es que el tribunal de casación estime su inteligencia sobre los elementos de juicio y la haga prevalecer sobre la de los jueces.

El censor sabe que no comporta requisito de forma ni de fondo que en la redacción de las

providencias el juez haga una enunciación de cada uno de los medios probatorios aportados al expediente. Lo que se exige es que proceda a su valoración conjunta.

La lectura desprevenida de la sentencia del tribunal demuestra que sus consideraciones apuntaron a la totalidad de lo recaudado. Así surge cuando afirma que “la prueba obrante en autos” desvirtúa las alegaciones defensivas atinentes a que los bonos fueron entregados en propiedad al sindicado, o que en el expediente “hay clara información” sobre que el Banco no devolvió los títulos sin condición alguna.

En esas condiciones, los argumentos del fallo demandado se hicieron sobre la generalidad de los medios de prueba legalmente aportados. Por tanto, los señalamientos de omisiones quedan sin sustento, demostrándose que lo que se opone como tales es una forma de apreciación diversa, que en modo alguno constituye ilegalidad por exclusión probatoria.

Al respecto, es oportuno resaltar que una vez enunciado el falso juicio de existencia por omisión el recurrente pasa a indicar lo que cada documento quería decir, o lo que debía entenderse de su contenido. Esto es, que la queja real apunta no a la exclusión de los medios de convicción, sino a que fueron estimados en sentido opuesto al pretendido por esa parte.

Sobre el aprovechamiento de error ajeno.

1. En el último reproche el demandante denuncia la violación directa del artículo 361 del Código Penal de 1980, que dice ha debido ser aplicado por el tribunal.

Lo anterior, porque, según afirma, en los siguientes párrafos del fallo denunciado el Ad quem reconoce los elementos típicos de esa figura delictiva:

“Lo anterior demuestra, sin hesitaciones, que al acusado se le entregaron unos bienes,

depositándose en él un crédito consecuente a su vieja relación comercial con el banco, y a la creencia de que actuaría conforme a lo acordado, lo que seguramente hizo que, en una actitud descuidada de la señora María Clara Olmos, se le confiaran esos haberes sin la firma de un documento en el que constaran los pormenores y condiciones de la entrega, todo lo cual evidencia la existencia del comportamiento que se investiga y la responsabilidad que en él tiene el indagado.

No es entonces cierto, que el endoso y entrega que el banco hizo de los bonos a Emiro Barguil, implicara la transferencia sin condiciones de los derechos en ellos incorporados, puesto que tal exclusivamente obedeció al propósito de facilitar su venta, sin desmedro económico para quien los recibió, con el compromiso expreso de solucionar, como se ha dicho insistentemente, el crédito que aquel había adquirido con el banco popular. Así, entonces, no cabe aquí la aplicación de las disposiciones del Código de Comercio al respecto, por no estarse ante la figura que la defensa denomina endoso en propiedad.

No es verdad, tampoco, como lo sostiene la defensa, que los bonos agrarios le hubieran sido entregados a Emiro Barguil sin que mediara una motivación que pudiera calificarse como una argucia o un engaño. La motivación existió y ciertamente parece torticera, porque el sindicato cuando se enteró de que aquellos no podían ser recibidos para el pago de lo que debía, argumentó que para no sufrir perjuicio prefería venderlos por fuera de la bolsa, lo que en efecto hizo, mas sin cumplir con el deber implícito, es decir, cancelar con el producto de la venta, lo que podían hacer sin mayores consecuencias, pues ya se había liberado el bien que respaldaba patrimonialmente el cumplimiento de la obligación contraída” (Lo resaltado es del demandante).

2. La lectura desprevenida de los anteriores apartes solamente indica que el procesado se hizo al dinero de los bonos negociados, obviando su obligación de retornar el efectivo al banco, prevalido de una actitud descuidada de la ex Gerente del Banco que, confiada, no

le hizo suscribir un documento en donde constara todo ello.

Resáltese que la negligencia, el descuido aludido hacen referencia, no a la forma como los bonos fueron entregados al procesado, sino a que se imponía que ello se dejara consignado por escrito, pero esta circunstancia en modo alguno mudaba la real ocurrencia de los hechos, específicamente las condiciones de endoso de los títulos.

Solamente una lectura en extremo alejada del contenido exacto del texto transcrito podría llevar a la conclusión intentada por la defensa respecto de que allí se dieron por demostrados los elementos del tipo del artículo 361 del Decreto 100 de 1980, esto es, que el procesado entró en posesión de los bonos, a consecuencia de un error del banco.

Por el contrario, los aspectos reseñados evidencian, otra vez –como lo hacen las dos sentencias en su contexto real-, la apropiación indebida del dinero producto de los títulos por parte del sindicado, cuando tenía conocimiento claro y preciso que le habían sido endosados para que los vendiera y retornara el dinero a la entidad crediticia.

3. El demandante no demostró que los jueces hubieran tenido por probados los elementos del tipo penal del aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito. Y el aparte citado para verificar el aserto, no solamente no dice tal, sino todo lo contrario, contexto dentro del cual no se acredita la violación directa invocada.

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

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Cita medica

SIGIFREDO	ESPINOSA PÉREZ	MARÍA DEL	ROSARIO
GONZÁLEZ	DE LEMOS		

AUGUSTO	J.	IBÁÑEZ GUZMÁN	JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
---------	----	---------------	-----------------------------

YESID	RAMÍREZ BASTIDAS	JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
-------	------------------	-------------------------------

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Folio 13 de la decisión.