

Proceso n.º 29799

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 152

Bogotá D.C., mayo doce (12) de dos mil diez (2010)

VISTOS

La Sala se ocupa de resolver de fondo los reproches contenidos en los libelos casacionales presentados por el Ministerio de la Protección Social en su calidad de parte civil, así como por la Fiscalía, contra la sentencia adoptada por mayoría el 13 de septiembre de 2007 por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria del fallo absolutorio dictado el 26 de febrero de la misma anualidad por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión para FONCOLPUERTOS a favor de DAVID TOLEDO ESQUENAZI.

HECHOS

En el fallo del Tribunal se sintetizaron los sucesos que dieron lugar a este averiguatorio, en los siguientes términos:

“Conforme al material probatorio con que cuenta la investigación, se tiene que para el mes de diciembre de 1998 el Fondo Financiero Especializado de la ciudad de Cali (para

aquella época BANCALI, se aclara), gerenciado por David Toledo Esquenazi, recibió oferta de Corfipacífico presidida por Álvaro José Lloreda y como Vicepresidente Carlos Alberto Correa Cadavid, para adquirir los derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo constituido en la Fiduciaria del Pacífico cuyo presidente era el señor Jorge Alberto Lloreda. Tal patrimonio estaba compuesto por ocho fideicomisos constituidos por extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, quienes tenían a su favor mandamientos de pago en contra del Estado correspondientes a acreencias laborales adeudadas por la entidad portuaria”.

“Previo a la venta de los derechos Fiduciarios, la Coordinación Jurídica de Foncolpuertos, el 21 de diciembre de 1998, envió comunicado a la Fiduciaria informando que en caso de existir dobles pagos de sentencias o mandamientos de pago falsos, no se cancelarían los créditos”.

“Pese a lo anterior, el 28 de diciembre de 1998 el Fondo Financiero de Cali acepta la oferta de Corfipacífico y adquiere los derechos fiduciarios. Posteriormente, la Fiscalía General de la Nación adelantó investigaciones y constató que las conciliaciones que hacían parte de los mandamientos de pago eran falsas, motivo por el cual no se cancelaron los derechos adquiridos, afectándose de esta manera el patrimonio económico del municipio de Santiago de Cali”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez recibida la noticia criminal, la Fiscalía Seccional de Cali dispuso la correspondiente indagación preliminar el 8 de febrero de 2000, y posteriormente, luego de practicar algunas diligencias, declaró abierta la instrucción el 14 de julio siguiente, en cuyo marco vinculó a través de indagatoria, entre otros, a DAVID TOLEDO ESQUENAZI y CARLOS ALBERTO CORREA CADAVID, definiéndoles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como posibles autor y

cómplice, respectivamente, del delito de peculado por apropiación, proveído que al ser impugnado por la defensa fue revocado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de mayo de 2001.

Clausurada la fase instructiva, la Fiscalía Dieciocho de la Subunidad de FONCOLPUERTOS calificó el mérito del sumario el 16 de julio de 2004 con resolución de acusación en contra de DAVID TOLEDO ESQUENAZI como presunto autor del concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público agravada por el uso. En la misma decisión acusó a CARLOS ALBERTO CORREA CADAVID como presunto cómplice del punible de peculado por apropiación, oportunidad en la cual les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Impugnada la acusación por la defensa, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó mediante resolución del 24 de junio de 2005.

La fase del juicio fue adelantada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión para FONCOLPUERTOS, despacho que una vez surtida la fase del juicio profirió fallo el 26 de febrero de 2007, a través del cual absolvió a DAVID TOLEDO ESQUENAZI y CARLOS ALBERTO CORREA por el delito de peculado por apropiación y dispuso la cesación de procedimiento respecto del punible de falsedad ideológica en documento público a favor del primero, dando aplicación al principio non bis in ídem.

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de la Protección Social, entidad reconocida como parte civil, el Ministerio Público y la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá decidió por mayoría el 13 de septiembre de 2007, confirmar el fallo absolutorio, así como la cesación de procedimiento dispuesta por el a quo.

Contra la anterior decisión los apoderados del Ministerio de la Protección Social y el

Municipio de Santiago de Cali, en su condición de partes civiles, así como la Fiscalía, interpusieron recurso extraordinario de casación y allegaron en tiempo los respectivos libelos.

A través de auto del 2 de julio de 2008, esta Corporación decidió inadmitir la demanda interpuesta por el apoderado de la parte civil constituida por el Municipio de Cali, así como el segundo cargo del libelo instaurado por el abogado de la parte civil constituida por el Ministerio de la Protección Social, al igual que los cargos primero y segundo que por violación directa de la ley sustancial formuló la Fiscalía.

En la misma providencia dispuso la admisión del primer reproche contenido en el libelo presentado por el apoderado del Ministerio de la Protección Social, pero únicamente frente a su pretensión de obtener condena contra el procesado DAVID TOLEDO ESQUENAZI por el punible de peculado por apropiación; también admitió los dos cargos que por violación indirecta de la ley sustancial postuló la Fiscalía orientados a conseguir la condena del mencionado ciudadano.

Una vez recibido el concepto del Ministerio Público, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre las censuras admitidas.

LOS LIBELOS

Por motivos prácticos y metodológicos, se sintetizan a continuación los referidos reparos, reuniendo aquellos con identidad temática en sus fundamentos fácticos y jurídicos. Ulteriormente se traen a colación los planteamientos del defensor de DAVID TOLEDO en su condición de no recurrente, y luego se resume el concepto de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal sobre el particular, para finalmente exponer las consideraciones de la Sala y la decisión adoptada en punto de cada cargo propuesto y admitido.

1. Falso juicio de identidad sobre el acta 025 de 1998 (primer reproche, tanto de la demanda a nombre del Ministerio de Protección Social, como de la presentada por la Fiscalía)

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, los censores plantean la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un falso juicio de identidad en el cual incurrieron los falladores al valorar materialmente el Acta 025 del 21 de octubre de 1998 de la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali (BANCALI), yerro que los llevó a absolver a DAVID TOLEDO ESQUENAZI, cuando lo correcto era proferir condena en su contra por el delito de peculado por apropiación.

En el desarrollo del reproche plantea el apoderado del Ministerio de Protección Social que el análisis del Tribunal de Bogotá sobre la referida acta fue equivocado, pues de ella es improcedente concluir que DAVID TOLEDO no desplegó maniobra alguna tendiente a engañar a los miembros de la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado de Cali (BANCALI), o que no abusó de sus funciones para realizar la negociación de los ocho fideicomisos que dieron lugar a este averiguatorio.

Añade que por el contrario, en la reunión efectuada el 21 de noviembre de 1998 TOLEDO ESQUENAZI manifestó que se adquirirían “títulos financieros expedidos por sociedades financieras”, cuando en realidad se trataba de derechos fiduciarios que Corfipacífico tenía en contratos de fiducia mercantil, administrados por la Fiduciaria del Pacífico S.A., de manera que indujo en error a los miembros de la Junta Directiva, quienes creyeron que se trataba de una inversión legal, confiable, rentable y segura, pese a que en verdad la adquisición correspondía a derechos personales de crédito y litigiosos cuya cancelación recaía en una entidad en liquidación, con patrimonio autónomo e independiente de la Nación, negocio que en estos términos no era procedente, habida cuenta que los estatutos del Fondo Financiero Especializado de

Cali únicamente permitían operaciones con títulos valores emitidos por el Banco de la República y las instituciones sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Precisa que como no se conocían los detalles de la contratación, ni la cuantía o la entidad con la cual se realizaría, amén de que no se contaba con el concepto de los asesores legales, en la ya referida Acta 025 del 21 de octubre de 1998 la Junta Directiva decidió no aprobar la operación, sino autorizar que se explorara el negocio, y sólo realizarlo si se ajustaba a la ley.

Asevera el casacionista que desde septiembre de 1998 DAVID TOLEDO venía adelantando conversaciones con el Grupo Lloreda, lo cual se deduce de la mencionada acta, al señalarse allí que ya asesores legales externos habían estudiado tal contratación y, en efecto, la firma de abogados Viveros - Espinosa & Asociados S.A. emitió un concepto el 8 de octubre de 1998, en el que se dijo claramente que BANCALI no adquiriría títulos emitidos por la sociedad fiduciaria en forma autónoma, respecto de los cuales fuera ella la obligada principal y directa, sino títulos derivados, representativos de los derechos incorporados al patrimonio autónomo, es decir, por intermedio del derecho fiduciario el objeto final de la operación eran los derechos personales y litigiosos existentes contra FONCOLPUERTOS, sin que el acusado TOLEDO ESQUENAZI tuviera en cuenta lo afirmado en dicho concepto.

Para concluir, alude a los testimonios de Guillermo Eduardo Ulloa Tenorio y Patricia Bermúdez Herrera, miembros de la Junta Directiva, a partir de los cuales considera que en la reunión de que da fe el Acta 025 de 1998 no se adoptó decisión alguna sobre la compra del fideicomiso que poseía la empresa Fidupacífico; además, la Junta Directiva intentaba establecer los montos máximos que podía invertir en el Fondo, en atención a que no todas las entidades vigiladas presentaban índices de liquidez y solidez satisfactorios, amén de que aquellos no estuvieron en la reunión del 29 de diciembre de

1998 (Acta 030), oportunidad en la que por no haber quórum, no se podían tomar decisiones sobre inversiones, como la relativa a la adquisición de un crédito de tesorería con Fidupacífico que ascendía a trece mil millones de pesos (\$13.000.000.000.00).

Con fundamento en lo anterior, el apoderado del Ministerio considera que el ad quem incurrió en error al absolver a DAVID TOLEDO a partir de distorsionar el alcance del Acta 025 del 21 de noviembre de 1998, esto es, derivando efectos que objetivamente no dan lugar a ello.

Por su parte, la Fiscalía advierte que contrario a lo asumido por el Tribunal, la citada Acta 025 de 1998 fue objeto de observaciones y reparos en el curso de la actuación por parte del ente acusador, toda vez que en ella no se aprueba la contratación pública o administrativa de los ocho contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración de recaudo y pago.

Agrega que no es posible afirmar que si la Junta Directiva dispuso la exploración del negocio en el ámbito mercantil y financiero, con ello aprobó la operación de manera genérica, pues tal conclusión no se aviene con las exigencias establecidas en el Acuerdo municipal 01 del 9 de mayo de 1996 que creó el Fondo, las cuales aluden a la solidez, seguridad, viabilidad y rentabilidad de las inversiones realizadas con entidades que no representen riesgo al portafolio concentrado, además del reenvío que allí se efectúa a la Ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario.

También puntualiza que en la mencionada contratación, los extrabajadores portuarios y sus apoderados tenían la condición de fideicomitentes y beneficiarios y quien ostentaba la calidad de fiduciario era la Corporación Financiera del Pacífico, transfiriendo en venta al Fondo Financiero Especializado de Cali una expectativa, conformada por los derechos personales litigiosos de dichos exempleados, cuya fuente se remite a actas de conciliación

administrativa que resultaron falsas.

Destaca que de conformidad con el numeral 14 del artículo 528 del citado Acuerdo municipal, una de las funciones de dicho Fondo consistía en “celebrar contratos de fiducia mercantil o de encargo fiduciario, actuando exclusivamente como fideicomitente”, de manera que con la operación realizada no se tuvo en cuenta tal precepto y se colocó en riesgo efectivo a esa entidad.

Igualmente señala que lo planteado por TOLEDO ESQUENAZI a la Junta Directiva no pasó de ser una “expectativa de negocio”, sin que hubiera solicitado autorización para celebrar el contrato de compraventa de los ocho negocios fiduciarios de administración, recaudo y fuente de pago, por trece mil cincuenta y dos millones doscientos treinta mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$13.052.230.859.00), a fin de que el Fondo entrara en condición de fiduciario, sobre derechos litigiosos que en nada se identifican con títulos financieros.

Advierte la Fiscalía que con la negociación finalmente realizada se atentó contra la administración pública, para lo cual es importante analizar el sustento normativo de la autorización requerida, ya que las actas 025 del 21 de octubre de 1998 y 030 del 29 de diciembre del mismo año debieron ser estudiadas en el contexto del artículo 531 del Acuerdo 01 del 9 de mayo de 1996 en cuanto se refiere a las funciones de la Junta Directiva, los principios fundamentales del Estado, los derechos, garantías y deberes, la organización estatal, su estructura, la función pública y las características del servidor público; así como de los artículos 209 y 210 de la [Constitución Política](#), todo ello para concluir que DAVID TOLEDO no estaba facultado para disponer a su arbitrio de los recursos de la entidad que gerenciaba.

Con fundamento en lo expuesto, la Fiscalía concluye que erró el Tribunal al absolver a TOLEDO ESQUENAZI, circunstancia que impone casar el fallo, para en su lugar condenarlo

por los delitos objeto de acusación.

Intervención del defensor no recurrente

Considera que la censura es confusa, débil y contradictoria, en cuanto son los demandantes los que tergiversan la prueba, no así el ad quem; además, en su criterio el reproche carece de fundamento para desvirtuar la presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo impugnado.

Concepto del Ministerio Público

Afirma la Procuradora Delegada que como acertadamente lo sostienen los casacionistas, desde septiembre de 1998 el procesado TOLEDO ESQUENAZI adelantó las actividades necesarias para exponer a la Junta Directiva una abstracta, engañosa e inviable negociación, que no correspondía a la finalmente realizada.

Luego de resaltar que el acusado es un profesional universitario en Administración de Empresas, con estudios de postgrado en Administración Financiera dentro y fuera del país, con experiencia laboral previa en diferentes cargos directivos del sector financiero, considera que en razón de su formación debía saber, que según las normas regentes de su actividad como Gerente del Fondo Financiero Especializado de Cali, no requería de conceptos ni de autorizaciones para realizar una negociación, amén de que podía distinguir entre títulos fiduciarios y derechos fiduciarios.

Señala que pese a lo anterior, el acusado solicitó un concepto a un grupo de asesores externos, del cual no dio informe de manera completa a la Junta Directiva, y además, intervino en una sesión del Fondo Financiero Especializado de Cali con el propósito de dejar constancia sobre su fragmentaria exposición acerca de una posible negociación, “así como de la abstracta patente de corso impetrada para ‘explorar esta posibilidad de negocios y eventualmente adquirir

estos títulos”, y pretender “difuminar la responsabilidad” en los asesores externos, o en los miembros de la Junta Directiva que se encontraban reunidos en la sesión del 21 de octubre de 1998 (Acta 025 de 1998), como erradamente fue asumido en las instancias.

Para explicar su aserto, la Delegada puntualiza que en el citado concepto se advirtió que no se adquirirían títulos emitidos por una fiduciaria, sino derechos fiduciarios en cabeza de una entidad de tales características, concluyendo que “el objeto final de la operación son los derechos personales y litigiosos existentes contra Foncolpuertos”; también en tal documento se dijo que era necesario determinar en cabeza de quién recaería el pago de dichas obligaciones laborales, pues si no se trataba de la Nación, la negociación no era viable para el Fondo por ser ajeno a su capacidad, con mayor razón si también se puntualizó que “no por estar obligada la Nación subsidiariamente, los créditos se convertían automáticamente en deuda pública”.

A pesar de lo anterior, recuerda el Ministerio Público, que el enjuiciado planteó ante la Junta Directiva que se trataba de títulos financieros emitidos por sociedades fiduciarias, insistió en su altísima rentabilidad, afirmó que los asesores externos concluyeron que las sentencias estaban a cargo de la Nación y, pese a su condición de experto financiero, no señaló cuál era la entidad fiduciaria oferente, ni el monto de la operación o su rentabilidad real; tampoco dijo que se trataba de derechos provenientes de obligaciones laborales de una entidad del Estado respecto de la cual los medios de comunicación habían denunciado corrupción relacionada con el pago de dineros, precisamente por concepto de acreencias laborales inexistentes.

Coincide con los censores, en que la pretensión de DAVID TOLEDO no era otra diferente a la de dar apariencia de rectitud a la operación defraudatoria de los intereses del Fondo por él gerenciado.

Igualmente indica que los falladores incurrieron en error de hecho por falso juicio de identidad al concluir con parcelación de las mencionadas pruebas, que el procesado actuó conforme al Acuerdo municipal 01 del 9 de mayo de 1996, cuando por el contrario, en su condición de servidor público al fungir como Gerente del Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali, debieron tenerse en cuenta las normas constitucionales sobre el particular, tales como el artículo 2º que establece como fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta; el artículo 6º que establece la responsabilidad de los servidores públicos; los artículos 122 y 123 sobre el cumplimiento y defensa de la Constitución por parte de los mismos; y el 287 que trata de los límites constitucionales y legales que gobiernan la autonomía de las entidades territoriales.

También expresa que deben ponderarse las normas del Código Único Disciplinario vigente para la época de los hechos (Ley 200 de 1995), en el cual se establecen para los servidores públicos las exigencias orientadas a garantizar su función, el cumplimiento de sus deberes y el respeto por las prohibiciones.

Después de transcribir algunos artículos del Acuerdo 01 de 1996, así como de la Resolución 096-A del 21 de octubre de 1998, a través de la cual se expidió el manual de funciones para los empleados públicos del Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali BANCALI, la Delegada considera insostenible concluir que, por no contar para la época de los hechos con reglamentación interna sobre el límite de la cuantía a partir del cual el Gerente debía solicitar autorización para la suscripción de actos o contratos en tal sentido, TOLEDO ESQUENAZI hubiese actuado conforme a derecho.

Por el contrario, precisa que el acusado estaba llamado a acatar y respetar la Constitución, la Ley y las funciones de su cargo; salvaguardar en el ejercicio de tal condición la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y diligencia, siempre bajo la guía del bien común, proteger los recursos que le fueron encomendados y

vigilar que su destinación se ordenara conforme a sus fines, ciñéndose a los postulados de la buena fe, resguardando los fines del Estado e informando a sus superiores si algún hecho podía perjudicar a la administración; además de promover el desarrollo físico, económico, social y cultural del Municipio de Cali en la actividad financiera que regentaba, y dirigir sus actividades laborales hacia el servicio a la comunidad.

De otra parte asevera, que respecto de los testimonios de Guillermo Eduardo Ulloa Tenorio y Patricia Bermúdez Herrera, en su carácter de miembros de la Junta Directiva, los falladores no tuvieron en cuenta la vaguedad del acusado al exponerles la eventual negociación, y sí por el contrario, en sus sentencias trataron implícitamente de trasladar a los declarantes la responsabilidad, cuando es claro que la Junta Directiva no autorizó la compra de derechos fiduciarios de extrabajadores de FONCOLPUERTOS.

Resalta que erraron los sentenciadores al desnaturalizar el contenido de dichos testimonios, a la postre coincidentes con lo plasmado en el Acta 025 del 21 de octubre de 1998, y el concepto emitido el día 8 de los mismos mes y año por la firma de abogados Viveros -Espinosa & Asociados S.A., en el sentido de que en dicha reunión no se planteó la negociación finalmente efectuada y tanto menos se autorizó su realización.

Para concluir argumenta la representante de la sociedad que se produjo un agravio sustancial al Estado, pues con las decisiones absolutorias proferidas en las instancias se quebrantaron sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, con mayor razón, si de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado¹, el monto de la operación, es decir, \$13.052.230.859.00, equivalen en la actualidad a \$25.507.960.511,11.

A partir de los anteriores planteamientos, la Delegada solicita a la Sala casar la sentencia impugnada, para en su lugar proferir fallo condenatorio contra el acusado

DAVID TOLEDO ESQUENAZI, como autor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación.

Consideraciones de la Sala

En atención a que los demandantes postulan la violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho por falso juicio de identidad, oportuno se ofrece señalar que tales equívocos tienen lugar cuando pese a obrar la prueba en el diligenciamiento al momento de su ponderación es distorsionada objetivamente en su contenido cercenándola, adicionándola o tergiversándola, siempre que, desde luego, tal falencia resulte trascendente en el sentido del fallo al cotejar el correcto sentido del medio de convicción con las demás pruebas obrantes en la actuación.

En cuanto se refiere al falso juicio de identidad que los recurrentes denuncian recayó sobre el Acta 025 del 21 de octubre de 1998 la cual da cuenta de la sesión ordinaria de la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali, así como respecto del concepto rendido el día 8 de los mismos mes y año por la firma de abogados Viveros - Espinosa & Asociados S.A., encuentra la Sala que es pertinente recordar su texto. En el referido concepto dirigido al doctor TOLEDO ESQUENAZI y rendido antes de llevarse a cabo la sesión ordinaria de la citada Junta Directiva se expresa:

“a) BANCALI adquiere derechos fiduciarios emitidos por una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, representativos de los derechos personales de crédito y litigiosos contenidos en mandamientos de pago judiciales emitidos contra Foncolpuertos, que han sido irrevocablemente transferidos a un patrimonio autónomo administrado por esa sociedad fiduciaria”.

“b) Los fideicomitentes originales eran los exfuncionarios de Colpuertos, a cuyo favor se profirieron mandamientos de pago con fundamento en las actas de conciliación que

en su momento hicieron tránsito a cosa juzgada”.

“Lo que adquiere BANCALI no son títulos emitidos por la sociedad fiduciaria en forma autónoma, respecto de los cuales sea ella la obligada principal y directa, se trata de títulos derivados, representativos de los derechos incorporados al patrimonio autónomo, o dicho de otra manera, por intermedio del derecho fiduciario el objeto final de la operación son los derechos personales y litigiosos existentes contra Foncolpuertos”.

“En esa medida resulta crucial establecer quién es el obligado al pago de dichos créditos, pues de lograr establecerse que los mismos pueden ser considerados como deuda de la Nación, la inversión resultaría factible para BANCALI conforme a su objeto social; de lo contrario, estaría adquiriendo el Fondo derechos personales y litigiosos de particulares, lo cual estaría por fuera de su capacidad”.

“(…) Como ya lo dijéramos, el obligado en principio al pago de dicho pasivo es foncolpuertos, entidad creada precisamente con el objeto de atender el pasivo pensional de Colpuertos, entidad que deberá incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para cancelar los fallos proferidos en su contra, como los vinculados al patrimonio autónomo”.

“La pregunta que surge entonces es si la obligación subsidiaria de la Nación frente a esos créditos debidamente consolidados, convierte los mismos en deuda pública por ese solo hecho”.

“La respuesta indudable es NO, el reconocimiento de esas sentencias como deuda pública no opera automáticamente, ni por estar obligada subsidiariamente la Nación a su pago pueden ser calificadas esas obligaciones como deuda pública”.

(negritas y subrayas fuera de texto).

A su vez, en el Acta 025 del 21 de octubre de 1998 se dejaron consignados los términos en los cuales expuso TOLEDO ESQUENAZI la operación a la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado de Cali, así:

“Presentó el Doctor David Toledo a consideración de la Junta Directiva la posibilidad de adquirir instrumentos o títulos financieros emitidos por Sociedades Fiduciarias sometidas al Control y Vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de un programa de titularización donde el activo subyacente son las sentencias en firme, por virtud de las cuales se reconocieron prestaciones a favor de los empleados de la extinta Colpuertos. En estas sentencias, ya en firme, se establecen sumas líquidas a cargo de los trabajadores y a cargo ahora de Foncolpuertos. Desde el punto de vista práctico esos instrumentos resultan atractivos en la medida que la rentabilidad de los mismos en tanto instrumentos derivados es la misma que producirían las sentencias y éstas, por expreso mandato legal, reconocen a favor de sus titulares originales intereses a la máxima tasa de mora”.

“Tratándose de títulos emitidos por Sociedades Fiduciarias, nuestra relación se haría con Entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, a lo cual debe sumarse que por la interesante rentabilidad, nos permitiría efectuar una sustitución en la estructura de las colocaciones, en forma tal que sustituyamos títulos como los IDUS, cuya rentabilidad no está ahora acorde con la del mercado”.

“Por último, resaltó el gerente cómo el riesgo de los títulos es cero, lo que los hace todavía más atractivos, dado que conforme a las normas que regulan la liquidación de Foncolpuertos y como tuvieron la oportunidad de establecerlo claramente nuestros asesores legales externos, las sentencias están a cargo de la Nación, y a partir del momento en que desaparezca Foncolpuertos y su pasivo insoluto se traslade al Ministerio de Trabajo, tendrán ellas el carácter de Deuda de la Nación”.

“Por todo lo anterior, solicitó el Representante Legal autorización para explorar esta posibilidad de negocios y eventualmente adquirir estos títulos. La Junta Directiva le dio vía libre al Doctor David Toledo, para realizar la operación si se ajusta a la ley (...)” (negrillas y subrayas fuera de texto).

A partir de tales medios de prueba el Juez de primer grado consideró:

“En primer término, el Gerente del Fondo Especializado del Municipio de Santiago de Cali fue autorizado de forma expresa por la Junta Directiva (...) y en segundo lugar, la Junta Directiva no fue inducida en error por TOLEDO ESQUENAZI” (subrayas fuera de texto).

En el fallo de segundo grado, el Tribunal Superior de Bogotá concluyó:

“Del contexto del acta de Junta Directiva # 025/98 del F.F.E., en forma diáfana se establece que previo a realizar la transacción, David Toledo Esquenazi, en calidad de Gerente, dio a conocer a los integrantes de ese órgano, los pormenores del negocio, precisándoles, qué clase de títulos fiduciarios se pretendían adquirir (derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo), les ilustró sobre las entidades de quienes se adquirirían los títulos (Sociedades Fiduciarias vigiladas por la Superbancaria); las ventajas de la negociación (...esos instrumentos resultan atractivos, en la medida que la rentabilidad de los mismos en tanto instrumentos derivados es la misma que producirán las sentencias y éstas, por expreso mandato legal, reconocen a favor de sus titulares originales intereses a la máxima tasa de mora) como que les puntualizó que el riesgo de la negociación era cero, dado que conforme a las normas que regulan la liquidación de Foncolpuertos (...) las sentencias están a cargo de la Nación, y a partir del momento en que desaparezca Foncolpuertos y su pasivo insoluto se traslade al Ministerio de Trabajo, tendrán ellas el carácter de Deuda de la Nación”.

“Por lo anterior, se puede afirmar que no existió desconocimiento por parte de los

miembros de la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali, de los títulos financieros adquiridos por esa entidad, por cuanto dos meses antes de realizada la transacción objeto de la presente actuación, además de haberseles dado a conocer por parte del Gerente sus pormenores, se le dio a éste 'vía libre para realizar la operación' (...) en consecuencia, no se puede aseverar que David Toledo, engañó o sorprendió a los integrantes del órgano directivo del F.F.E., al momento de adquirir los títulos, porque de antemano ya sabían los detalles de la operación y avalaron la transacción" (subrayas fuera de texto).

Una vez efectuado el anterior recuento, considera la Sala que al absolver los sentenciadores al procesado incurrieron en el yerro denunciado por los casacionistas, esto es, en un error de hecho por falso juicio de identidad, en la medida en que distorsionaron el sentido e información objetiva que tales medios de prueba suministran.

En efecto, contrario a lo asumido en las instancias, el proceder del acusado, en cuanto se refiere a solicitar a una firma de abogados un concepto previo y ulteriormente deprecar a la Junta Directiva autorización para adelantar la operación, no puede ser tenido como un acto de suma diligencia, cuidado y transparencia, sino como una conducta delicadamente planificada desde el mes de septiembre de 1998, como con acierto lo afirman los demandantes y el Ministerio Público, orientada a exponer equívocamente a la Junta Directiva, de una parte, un negocio sustancialmente diverso al que finalmente se realizó, y de otra, denotar unos beneficios y seguridades que le eran ajenas, como específicamente fue plasmado por la firma de abogados en su concepto.

Lo dicho cobra especial valía, al advertirse que se trataba de una operación cuya inviabilidad era evidente, dados los escándalos en los cuales se encontraba FONCOLPUERTOS, precisamente respecto del objeto de adquisición, amén de que según el numeral 2º del artículo 533 del Acuerdo municipal 01 de 1996, no se encontraba reglamentación alguna que limitara la cuantía de las transacciones ejecutadas por el

doctor TOLEDO, como para que tuviera que pedir autorización a la Junta Directiva, pues se le otorgaba la facultad de “Celebrar todos los actos y contratos necesarios para el desarrollo del objeto del Fondo, para garantizar su buen funcionamiento y la protección de sus derechos” (subrayas fuera de texto).

No debe olvidarse que para entonces, el doctor DAVID TOLEDO era un profesional en Administración de Empresas de la Universidad ICESI, con posgrados en Administración Financiera de la Universidad de Harvard y Especialización de Operaciones de Bolsa de INCOLDA, con amplia experiencia laboral en diversos cargos del nivel directivo en el Banco Industrial Colombiano, pues allí se desempeñó como Subgerente de comercio internacional, Jefe de analistas de crédito y Director de la mesa de dinero, amén de que también laboró como Gerente financiero de la empresa comercial Armando Toledo y Cía. Ltda., según se acredita en el diligenciamiento con sus propias palabras.

Por tanto, es evidente que una persona de sus especiales condiciones y experiencia tenía claro que conforme a la normatividad que gobernaba su gestión como Gerente del Fondo Financiero Especializado de Cali, no requería de autorización alguna por parte de la Junta Directiva para realizar la ya mencionada operación, además de que estaba en condición de establecer las sustanciales diferencias entre “títulos fiduciarios” y “derechos fiduciarios”.

No obstante, solicitó un concepto a una firma de abogados, previo a la exposición del negocio ante la Junta Directiva, del cual ocultó aquellas conclusiones que no resultaban pertinentes para seguir adelante, o que advertían su evidente riesgo para los intereses del Fondo Financiero.

Asume esta Colegiatura que tal proceder pretendía precisamente dar visos de legalidad a la contratación, y en todo caso mostrar al doctor TOLEDO ESQUENAZI como

un directivo diligente, al punto que cualquier duda recaería sobre los miembros de la Junta por haber autorizado la operación – como en efecto fue asumido por los sentenciadores – y por ello al culminar su intervención solicitó “autorización para explorar esta posibilidad de negocios y eventualmente adquirir estos títulos”, a lo cual la Junta “le dio vía libre (...) para realizar la operación si se ajusta a la ley” (subrayas fuera de texto).

Para demostrar el anterior aserto es pertinente cotejar lo señalado en el concepto emitido por la firma de abogados, con lo dicho por el procesado TOLEDO ESQUENAZI ante la Junta Directiva.

En tal cometido se tiene que mientras en el concepto se precisa que lo adquirido por el Fondo Financiero Especializado “no son títulos emitidos por la sociedad fiduciaria en forma autónoma, respecto de los cuales sea ella la obligada principal y directa, se trata de títulos derivados, representativos de los derechos incorporados al patrimonio autónomo, o dicho de otra manera, por intermedio del derecho fiduciario el objeto final de la operación son los derechos personales y litigiosos existentes contra Foncolpuertos” (subrayas fuera de texto), el doctor DAVID TOLEDO dijo a la Junta Directiva que se trataba de “adquirir instrumentos o títulos financieros emitidos por Sociedades Fiduciarias sometidas al Control y Vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de un programa de titularización donde el activo subyacente son las sentencias en firme, por virtud de las cuales se reconocieron prestaciones a favor de los empleados de la extinta Colpuertos” (subrayas fuera de texto).

A su vez, en tanto se afirma en el concepto que de “lograr establecerse que los mismos (los créditos, se aclara) pueden ser considerados como deuda de la Nación, la inversión resultaría factible para BANCALI conforme a su objeto social; de lo contrario, estaría adquiriendo el Fondo derechos personales y litigiosos de particulares, lo cual estaría por fuera de su capacidad” (subrayas fuera de texto), el

acusado dijo a la Junta Directiva que “el riesgo de los títulos es cero, lo que los hace todavía más atractivos, dado que conforme a las normas que regulan la liquidación de Foncolpuertos y como tuvieron la oportunidad de establecerlo claramente nuestros asesores legales externos, las sentencias están a cargo de la Nación” (subrayas fuera de texto).

Respecto de la misma temática se puntualizó con toda claridad en el concepto jurídico: “La pregunta que surge entonces es si la obligación subsidiaria de la Nación frente a esos créditos debidamente consolidados, convierte los mismos en deuda pública por ese solo hecho. La respuesta indudable es NO, el reconocimiento de esas sentencias como deuda pública no opera automáticamente, ni por estar obligada subsidiariamente la Nación a su pago pueden ser calificadas esas obligaciones como deuda pública” (negritas y subrayas fuera de texto).

Pese a lo expuesto, y siendo el doctor TOLEDO ESQUENAZI conocedor de lo dicho por los expertos externos en el concepto dirigido a él, manifestó ante la Junta Directiva que “como tuvieron la oportunidad de establecerlo claramente nuestros asesores legales externos, las sentencias están a cargo de la Nación, y a partir del momento en que desaparezca Foncolpuertos y su pasivo insoluto se traslade al Ministerio de Trabajo, tendrán ellas el carácter de Deuda de la Nación” (negritas y subrayas fuera de texto).

De la anterior comparación emerge de forma ostensible, en primer término, que el Gerente del Fondo no informó a la Junta Directiva sobre los verdaderos alcances de la operación, amén de su evidente riesgo, y por el contrario mostró una transacción sólida, fiable y segura, desconociendo lo dicho expresa y claramente por los asesores sobre el particular.

En segundo lugar se observa que en el concepto jurídico se indicó que no se trataba

de títulos emitidos por una fiduciaria, sino de derechos fiduciarios en cabeza de una entidad de tales características, los cuales eran “representativos de los derechos personales de crédito y litigiosos contenidos en mandamientos de pago judiciales emitidos contra Foncolpuertos”.

En tercer término se encuentra, que dados los evidentes riesgos de la operación, en cuanto los créditos no se convertían en deuda pública, como de manera contraria lo dijo TOLEDO ESQUENAZI ante la Junta Directiva, es evidente que tal contratación no era viable y resultaba contraria a los objetivos del Fondo.

En suma, es ostensible que la exposición amañada del acusado estaba orientada a dar visos de legalidad y de solidez a una operación no únicamente de altísimo riesgo para el Fondo que gerenciaba, sino condenada desde un principio al fracaso, cuyas consecuencias ulteriores vienen a confirmarlo.

En tal sentido, asiste razón a los impugnantes al considerar que el acusado no actuó conforme a derecho, como erradamente lo concluyeron los sentenciadores en los fallos de instancia, pues por el contrario, en su especial condición del servidor público, esto es, de Gerente del Fondo Financiero Especializado de Cali, realizó una operación para esquilmar el patrimonio de dicha entidad estatal en una cuantiosa suma.

Al respecto impera destacar que en el artículo 528 del Acuerdo Municipal 01 de 1996 (cuyos preceptos gobiernan el Fondo Financiero Especializado de Cali) se establece como función de dicha entidad:

“5. Realizar operaciones de compra y venta de títulos valores emitidos por el Banco de la República y las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, Infivalle y en general cualquiera otra forma de manejo de recursos que permitan la obtención de ventajas y beneficios financieros con otras entidades”.

“14. Celebrar contratos de fiducia mercantil o de encargo fiduciario, actuando exclusivamente como fideicomitente”.

“17. Suscribir, realizar y ejecutar todos los contratos, gestiones y acciones, necesarios para el cabal cumplimiento de su objeto” (subrayas fuera de texto).

Por su parte, en la Resolución No. 096-A del 21 de octubre de 1998, a través de la cual se expidió el manual de funciones para los servidores del Fondo Financiero Especializado de Cali, se dispone como función del Gerente:

“Celebrar todos los actos y contratos necesarios para el desarrollo del objeto del Fondo, para garantizar su buen funcionamiento y la protección de sus derechos” (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, es palmario que la operación realizada por el procesado DAVID TOLEDO no se ajustó a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regían su condición de Gerente del Fondo, motivo por el cual incurrieron los falladores en un yerro al expresar que su proceder se ajustó a derecho, como con razón lo denuncian los impugnantes y lo señala el Ministerio Público.

De otra parte, en cuanto se refiere a las declaraciones de Guillermo Eduardo Ulloa Tenorio y Patricia Bermúdez Herrera, miembros de la Junta Directiva, a partir de los cuales consideran los casacionistas que en la reunión de que da fe el Acta 025 de 1998 no se adoptó decisión alguna sobre la compra del fideicomiso que poseía la empresa Fidupacífico, amén de que aquellos no estuvieron en la reunión del 29 de diciembre de 1998 (Acta 030), oportunidad en la cual, por no haber quórum, no se podían tomar decisiones sobre inversiones como la relativa a la adquisición de un crédito de tesorería con Fidupacífico que ascendía a trece mil millones de pesos (\$13.000.000.000.00), encuentra la Sala que el primero testigo mencionado fue explícito en declarar:

“PREGUNTADO: Diga al despacho cuál fue el negocio concreto que se planteó en la reunión del 21 de octubre del año de 1998 y que miembros de la Junta Directiva estuvieron presentes? CONTESTÓ: En esa junta no se presentó un negocio concreto como tal, sino la posibilidad de adquirir títulos valores emitidos por sociedades fiduciarias sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria en desarrollo de algún proceso de titularización. En ningún momento en esa reunión se autorizó un negocio específico con una entidad determinada, y en cuantía precisa, solo se autorizó al gerente explorar la posibilidad de efectuar una negociación como la descrita en la primer -sic- parte de la contestación de esta pregunta, siempre y cuando se ajustara a la ley” (subrayas fuera de texto).

El citado testimonio permite dar pábulo a lo ya expuesto, en el sentido de que el Gerente del Fondo presentó una propuesta gaseosa e imprecisa, logrando con ello obtener el aval de la Junta Directiva para explorar tal negociación, y sólo realizarla “si se ajustaba a la ley”, circunstancia ésta última que no se presentó, como quiera que la muy segura imposibilidad de recaudar las acreencias comportaría una defraudación ilegal en desmedro del patrimonio estatal en \$13.052.230.859.00.

Aún sin discutir aquí si la Junta autorizó o no la transacción, en cuanto el doctor TOLEDO en su condición de Gerente no requería de ello, puede advertirse que, en todo caso, al pronunciarse sobre lo dicho por él, la condicionó a su legalidad, de la cual carece en los términos que finalmente fue adelantada por parte del acusado.

Las razones expuestas permiten concluir que el cargo propuesto por el Ministerio de la Protección Social en su calidad de parte civil, así como por la Fiscalía, y avalado en su concepto por la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, está llamado a prosperar.

2. Falso juicio de existencia por omisión de varias pruebas (segundo reproche

del libelo presentado por la Fiscalía)

Pese a que la prosperidad del cargo anterior, relevaría en principio a la Sala de analizar el segundo reproche, lo cierto es que al postular también la Fiscalía la violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho, esto es, por yerros en la valoración probatoria, se hace aconsejable su examen de fondo por encontrarse íntimamente ligado con el anterior, pese a que fue presentado de manera independiente, como acto seguido se procede.

Bajo la égida de la causal primera de casación, cuerpo segundo, la Fiscalía considera que no fueron ponderados los siguientes medios probatorios:

(i) La comunicación enviada por Libia del Socorro Lemus, Coordinadora Jurídica de FONCOLPUERTOS, a JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS, Presidente de la Fiduciaria del Pacífico Fidupacífico, en la cual señalaba que “dadas las irregularidades y falsificaciones detectadas por la Fiscalía General a un gran número de mandamientos de pago y sentencias emanadas de Juzgados de Barranquilla, el Fondo no se compromete a ordenar su pago en caso de que resulten dobles pagos a sentencias y/o mandamientos falsos como soportes de fiducia mercantil celebrada por ustedes”.

Aduce que si el ad quem hubiera apreciado bajo las reglas de la sana crítica dicha comunicación, habría revocado la decisión absolutoria de primer grado.

(ii) La comunicación dirigida por la Directora General de FONCOLPUERTOS a Álvaro José Lloreda Caicedo y José Gabriel Taboada, recibida el 23 de diciembre de 1998, referida a una auditoría que realizaría la firma Arthur Andersen Consulting al ser detectadas irregularidades en los procesos laborales, específicamente en los mandamientos de pago.

Señala que de haberse valorado este documento, se habría concluido, junto con el anterior medio de convicción, que el acusado cometió el delito imputado.

(iii) El estudio diagnóstico y proyección de estrategias efectuado por Taboada Hoyos & Asociados Abogados Consultores, con destino a Fidupacífico S.A., cuyo propósito era el de “establecer con claridad las posibilidades alternativas y mecanismos que se encuentran a disposición de los acreedores de Foncolpuertos, en este caso Fidupacífico, en virtud de los contratos de fiducia suscritos con los extrabajadores beneficiarios de obligaciones judiciales para recuperar los valores que se encuentran comprometidos en los contratos de fiducia mercantil, irrevocable de garantía, administración y fuente de pago, pactado y suscrito por Fidupacífico y los extrabajadores titulares de obligaciones judiciales provenientes de sentencias o conciliaciones en contra de Foncolpuertos”.

Afirma el ente acusador que si bien tal documento no se encuentra fechado, puede colegirse que su desarrollo y publicidad tuvo lugar en el segundo semestre de 1998, amén de que allí se alude a los artículos 86 de la Ley 38 de 1989 y 49 de la Ley 179 de 1994, establecidos luego en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, y precisa que tal informe se refiere al contrato matriz, del cual posteriormente surgieron los ocho contratos de fideicomiso objeto de la oferta comercial aceptada por el Fondo Financiero del Municipio de Cali, sin observar la normatividad constitucional, legal y municipal aplicable.

(iv) El informe de auditoría rendido por la firma Arthur Andersen, con destino al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Advera la recurrente que la valoración de esta prueba junto con las anteriores habría dado lugar a un fallo condenatorio.

(v) La preclusión de investigación proferida por la Fiscalía Cuarenta y Cinco

Seccional de Cali a favor de DAVID TOLEDO ESQUENAZI por el delito de falsedad ideológica en documento público, pues en criterio de la impugnante, no se verificó la utilización que se dio al Acta 030 del 29 de diciembre de 1998, lo cual impidió que se analizara el compromiso de responsabilidad penal del mencionado ciudadano.

(vi) Los procesos ejecutivos laborales promovidos por Luís Solano Castro y otros, Oswaldo Bermejo y otros, Oscar Iglesias y otros, así como por José Bonet, en los cuales se omitió dar curso al grado jurisdiccional de consulta, de modo que las sentencias en tales condiciones proferidas carecían de firmeza y exigibilidad, con mayor razón si se presentó duplicidad de demandantes y se incluyó a una persona fallecida, incorrecciones que el ad quem no apreció para revocar la absolución adoptada en primera instancia.

(vii) La declaración de William Hernández, Gerente del Terminal Marítimo de Barranquilla, quien dijo que si se hubiera examinado la información allí aportada, se habría establecido que las conciliaciones administrativas requerían de un previo mandamiento de pago ejecutoriado; un solo abogado representaría legalmente a FONCOLPUERTOS en la conciliación administrativa de las sentencias ejecutoriadas; las actas conciliadas no eran más de 20, número sustancialmente menor a la masiva documentación surgida luego en el escándalo de corrupción de la referida entidad estatal, circunstancia que además, corresponde a un hecho notorio; a diciembre de 1993 únicamente fueron conciliados procesos ejecutivos laborales ejecutoriados, sin incluir allí otros factores salariales o aspectos convencionales, amén de que en la mencionada época los asuntos objeto de conciliación administrativa estructurada dentro de la liquidación se encontraban saldados, motivo por el cual no podían extenderse hasta diciembre de 1998.

(viii) El Informe del 4 de julio de 1994 presentado por Mayron Vergel al Ministro de Transporte, así como el informe de control financiero y legalidad de la Contraloría General de marzo de 1995, documentos con los cuales se habría constatado

que en el balance consolidado a 31 de diciembre de 1993, no se mencionan las actas de conciliación que dieron origen al proceso ejecutivo laboral adelantado y finalmente a la negociación con el Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali.

(ix) También señala la Fiscalía que fueron omitidos otros medios de prueba, tales como el estudio grafológico del 11 de enero de 2000, en el cual se establece la uniprocendencia de la firma plasmada en 40 actas, los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración de recaudo y fuente de pago estructurados, luego trasferidos en su totalidad al Fondo Financiero Especializado con el registro del número de las actas de conciliación administrativa correspondientes a 1993 que fueron objeto de investigación penal en su totalidad, la Resolución 0775 del 25 de mayo de 1999, a través de la cual se dispuso la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la Corporación Financiera del Pacífico S.A. para su liquidación.

Igualmente echa de menos la valoración de la Resolución 0776 del 25 de mayo de 1999, por cuyo medio se sometió a vigilancia especial a Fidupacífico S.A., así como la Resolución 1002 del 30 de junio de 1999 a través de la cual se dispuso la toma de posesión inmediata de bienes y haberes de Pacífico Compañía de Financiamiento Comercial S.A., para su liquidación.

De la misma manera extraña que no se hayan apreciado los procesos ejecutivos laborales de que tratan las Actas de conciliación 1740 del 29 de diciembre de 1993, así como la 1734 de la misma anualidad, y la diligencia de inspección judicial realizada al proceso ejecutivo laboral 2534, el Acta de conciliación 2103 del 15 de diciembre de 1993, y el Acuerdo municipal 41 del 23 de agosto de 1999 que modificó el Acuerdo 01 del 9 de mayo de 1996.

De lo anterior concluye que con la adecuada valoración de los medios probatorios omitidos, la conclusión de los falladores no habría sido otra que la de condenar al

acusado.

Intervención del defensor no recurrente

Puntualiza que los yerros por falso juicio de existencia por omisión en la apreciación de las pruebas, denunciados por el ente acusador, carecen de la trascendencia suficiente para comprometer la responsabilidad del procesado DAVID TOLEDO, de manera que se impone mantener la absolucón proferida en las instancias, es decir, no casar el fallo objeto de impugnación.

Concepto del Ministerio Público

Inicialmente señala la Delegada que no asiste razón a la casacionista al denunciar la presencia de errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión de algunas pruebas, pues en los fallos de las instancias se advierte que sí fueron ponderadas.

En tal sentido indica que las comunicaciones remitidas por Libia del Socorro Lemus, Coordinadora Jurídica de FONCOLPUERTOS y la Directora General, a Jorge Alberto Lloreda Garcés en calidad de Presidente de la Fiduciaria del Pacífico Fidupacífico y Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Gabriel Taboada, fueron estudiadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión para FONCOLPUERTOS, cuando particularmente examinó la existencia o no de un hecho notorio, al punto que allí destacó que el procesado TOLEDO ESQUENAZI dijo desconocer su contenido y posteriormente aludió a la declaración rendida por Libia del Socorro Ortiz, quien no descartó que la operación se pudo haber efectuado de buena fe.

También señala la Delegada que luego el ad quem insistió en que el acusado desconocía de las ilegalidades acaecidas en FONCOLPUERTOS, pues la Fiscalía únicamente se enteró de ello hasta el año 2003, de todo lo cual concluye que “sí fueron valorados los referidos elementos probatorios, junto con las circunstancias que pretendían

demostrar”.

Acerca de la falta de valoración del estudio diagnóstico y proyección de estrategias rendido por Taboada Hoyos & Asociados Abogados Consultores, con destino a la Fiduciaria Fidupacífico S.A., resalta la representante de la sociedad que, contrario a lo expuesto por la entidad impugnante, el a quo se refirió en el fallo atacado a dicho concepto, sobre el cual señaló su objeto y alcance, y además se detuvo a consignar las razones por las cuales concluyó que pese a carecer de fecha, se tiene como rendido en 1998, por ser el año en el cual se dispuso la afectación presupuestal para realizar el pago, amén de que en dicha anualidad se efectuó la operación.

Igualmente dice que si el Tribunal no se refirió específicamente a tal documento, a él aludió al tratar la presunta legalidad antecedente a los ocho contratos de fideicomiso objeto de la transacción que dio lugar a este averiguatorio, motivo por el cual, el yerro por falso juicio de existencia por omisión respecto de tales pruebas denunciado por la demandante, no tuvo lugar.

En punto de la omisión de valoración judicial de la resolución preclusoria de la investigación proferida por la Fiscalía Cuarenta y Cinco Seccional de Cali, a favor del procesado TOLEDO ESQUENAZI por el delito de falsedad ideológica en documento público, aduce la Delegada que el Tribunal se ocupó de ella en auto del 2 de julio de 2008, cuyos fragmentos transcribe, con base en lo cual concluye que el equívoco postulado no ocurrió.

De otra parte refiere que los procesos ejecutivos laborales de Luís Solano Castro y otros, Oswaldo Bermejo y otros, Oscar Iglesias y otros, así como de José Bonet⁸² fueron tenidos en cuenta tanto por el a quo, como por el Tribunal, trámites en los cuales se omitió el grado jurisdiccional de consulta, de modo que no se presentó el invocado error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

Sobre del informe de auditoría rendido por la firma Arthur Andersen, con destino al Ministro de Trabajo y Seguridad Social Hernando Yépez Arcila, señala la representante del Ministerio Público que dicha prueba no formó parte de los alegatos de audiencia pública, ni fue motivo de disenso al sustentar el recurso de apelación presentado por la Fiscalía y sólo fue citada por la defensa de Álvaro José Lloreda Caicedo, Jorge Alberto Lloreda Garcés y Carlos Alberto Correa Cadavid, de modo que como reiteradamente lo ha dicho la Sala, carece de interés el ente acusador en condición de impugnante, para reclamar ahora que no fueron ponderadas tales pruebas, de conformidad con la carga previa que se impone al censor en casación sobre el particular (unidad lógico jurídica del proceso penal).

De lo expuesto concluye que las pruebas cuya omisión valorativa denuncia la Fiscalía sí fueron apreciadas, o bien, no fueron mencionadas al ser impugnado el fallo de primer grado, ora, aluden a aspectos relacionados con el delito de falsedad ideológica en documento público que fue objeto de cesación de procedimiento.

Ahora, en cuanto se refiere a que constituyó un hecho notorio la situación de corrupción generada con la liquidación de la empresa Puertos de Colombia y posteriormente del Fondo Pasivo Social para la empresa Puertos de Colombia FONCOLPUERTOS, afirma que ese aspecto fue abordado al ser interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia, amén de que trae a colación noticias de prensa de la época sobre tal circunstancia, en las cuales se precisaba la forma en que ocurrió la millonaria defraudación al patrimonio público.

Entonces colige que al resultar indiscutiblemente ligado al comportamiento del acusado TOLEDO ESQUENAZI el conocimiento de la atmósfera de corrupción que envolvía los pagos de acreencias laborales de FONCOLPUERTOS, tal situación se erige en

un hecho notorio, que de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de conformidad con el artículo 23 de la legislación procesal penal, no requiere prueba, aspecto omitido por los falladores en las instancias, considerando erradamente que era necesaria una prueba que así lo demostrara.

Acto seguido y en apoyo de sus asertos, la Delegada cita de manera profusa múltiples noticias publicadas en el periódico El Tiempo, durante los años 1996 y 1997, en las cuales se alude a las diversas irregularidades y desafueros ocurridos en FONCOLPUERTOS, todo ello para concluir que, tal como lo señaló la censora, “resulta de imposible aceptación que un servidor público de las especiales características del procesado TOLEDO ESQUENAZI, hubiese permanecido ignorante sobre tan grave situación criminal en contra del Estado que, se reitera, era la fuente de la negociación por él finalmente realizada”.

En suma, asevera que al cotejar el referido hecho notorio con las pruebas documentales y testimoniales, se encuentra acreditada la responsabilidad penal de TOLEDO ESQUENAZI, pues sabedor de la corrupción en FONCOLPUERTOS, se empeñó en efectuar una negociación inviable, cuyo origen recaía en derechos fiduciarios otorgados por exempleados de dicha entidad, provenientes de conciliaciones que a la postre resultaron falsas, es decir, los funcionarios de instancia incurrieron en la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia por omisión, que se vieron reflejados en la absolución proferida en total contravía de los derechos del Estado en su condición de víctima, de manera que el cargo debe prosperar.

Con base en los argumentos anteriores, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal solicita a la Sala, casar la sentencia impugnada, para en su lugar proferir fallo condenatorio en contra de DAVID TOLEDO ESQUENAZI como autor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación.

Consideraciones de la Sala

Como el ente acusador en su condición de demandante alude a la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por omisión de varias pruebas, es pertinente señalar que tal yerro ocurre cuando pese a obrar el medio de convicción en el diligenciamiento, no fue valorado, siempre que tal incuria se muestre como trascendente en punto de las conclusiones del proveído objeto de reproche, al ser cotejada la prueba omitida con las demás obrantes en la actuación.

Desde luego, cuando la omisión en la apreciación judicial no recae sobre el medio probatorio in integrum, sino únicamente sobre un fragmento o aparte del mismo, el yerro corresponde a un falso juicio de identidad por cercenamiento, no a un falso juicio de existencia por omisión.

(i) Una vez efectuada la anterior precisión, constata la Sala que las comunicaciones enviadas por Libia del Socorro Lemus, Coordinadora Jurídica de FONCOLPUERTOS y la Directora General a Jorge Alberto Lloreda Garcés (Presidente de la Fiduciaria del Pacífico Fidupacífico), Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Gabriel Taboada fueron ponderadas por el a quo, de manera que en virtud del principio de unidad jurídica de los fallos, según el cual, las decisiones de primer grado conforman una sola unidad en cuanto sean objeto de confirmación por el ad quem, es claro que el yerro denunciado no tuvo lugar.

En efecto, en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión para FONCOLPUERTOS se indica:

“Ahora bien, no se desconoce que según lo depuesto por algunos sujeto procesales y testigos, para el año de 1998 ya se conocían (sic) de hechos de corrupción en Foncolpuertos, no obstante habrá que ponderarse, si la magnitud de estos eran o no de dimensión considerable, para determinar conforme a ello si TOLEDO ESQUENAZI sabía o le

era previsible saber de las posibles falsedades de las actas de conciliación sustento de los fideicomisos acá investigados. Debe recordarse que quienes sostuvieron esta tesis la apoyaron en las siguientes pruebas: La declaración de Libia del Socorro Ortiz; Las comunicaciones enviadas a ALVARO JOSÉ LLOREDA CAICEDO y a JORGE ALBERTO LLOREDA GARCÉS; La declaración rendida por el ex Ministro de Hacienda en el proceso contencioso administrativo adelantado por el Grupo Lloreda, y las solicitudes de prejudicialidad obrantes en el Juzgado Tercero Laboral de Barranquilla”.

“En lo tocante a las comunicaciones dirigidas a los procesados LLOREDA CAICEDO y LLOREDA GARCÉS no se realizan mayores consideraciones, cuando quiera que sería redundar en un tema ya decantado pues como se expuso en precedencia, TOLEDO ESQUENAZI afirma no saber de su contenido, esto sin perjuicio de que las comunicaciones de un lado no fueron públicas y de otro no fueron enviadas a él, situaciones por las que es lógico inferir que efectivamente por esta vía no las conoció”.

“Respecto de la declaración de Libia del Socorro Ortiz, persona que refrendó la comunicación enviada a LLOREDA GARCÉS, se destaca que a pesar de señalar que para finales de 1998 el escándalo de Foncolpuertos era evidente, dedujo que el Municipio de Cali pudo haber comprado de buena fe” (subrayas fuera de texto).

De la transcripción anterior se colige que, contrario a lo señalado por la demandante, el error derivado del falso juicio de existencia por omisión respecto de la comunicación remitida por Libia del Socorro Ortiz no ocurrió.

(ii) Como también la actora refiere que no se apreció el estudio diagnóstico y proyección de estrategias rendido por la firma Taboada Hoyos & Asociados Abogados Consultores, con destino a la Fiduciaria Fidupacífico S.A., encuentra la Colegiatura que el Juez de primer grado sí la valoró, como se deduce del siguiente aparte de su proveído:

“El despacho advierte que si bien el concepto (de Taboada Hoyos & Asociados Abogados Consultores, se aclara) como tal no consigna una fecha de radicado o elaboración, de la simple lectura del acápite introductorio, últimos renglones del inciso tercero, se aprecia: ‘(...) a través de los mecanismos de afectación presupuestal con que goza, necesarios para que dentro del corriente año 1998 tenga lugar el pago (...)’” (resaltado en el texto).

“No queda duda que el concepto es del año 1998, ahora, si lo que se desarrolla en tal documento es la posibilidad de cobro, puede deducirse que el término requerido para tal tarea, por supuesto incluye el lapso en el que la presente negociación se efectuó, la cual se recuerda ocurrió a finales del mes de diciembre de la mentada anualidad”.

“Respecto de la ‘autoría’ del concepto no cabe vacilación que fue la firma TABOADA HOYOS & ASOCIADOS, hecho que se colige no sólo de la lectura del membrete del documento sino de los claros dichos que sobre el particular expuso la doctora Nohora Patricia Acero en la declaración que surtiera en audiencia pública” (subrayas fuera de texto).

(iii) En cuanto atañe a lo dicho por la impugnante, en el sentido de que fue omitida la resolución de preclusión de la investigación proferida por la Fiscalía Cuarenta y Cinco Seccional de Cali a favor del procesado TOLEDO ESQUENAZI, por el delito de falsedad ideológica en documento público, considera la Corporación que sobre el particular ya se dijo en auto del 2 de julio pasado:

“La Corte admitirá el primer cargo de la demanda antes reseñada, por estar ajustada a los requisitos legales, pero únicamente en lo relacionado con la pretensión de emitir condena en contra del procesado DAVID TOLEDO ESQUENAZI por el ilícito de peculado por apropiación. El reproche, por tanto, no se admite en lo atinente al

punible de falsedad ideológica en documento público, en razón a que, frente a ese aspecto, la providencia adoptada por el Tribunal, Sala Penal de Descongestión, no es susceptible del recurso de casación (...) pues se dispuso la cesación de procedimiento por el punible de falsedad ideológica en documento público, fundado en la presencia de una causal de improseguibilidad de la acción penal, como lo fue, según lo estimó el Tribunal, la violación del principio non bis in ídem, por el doble juzgamiento de la misma conducta punible” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, palmario resulta que la ponderación echada de menos respecto de la referida prueba no es objeto de debate en este trámite extraordinario, en cuanto, como se advirtió, tal temática no fue admitida.

(iv) Como también la demandante deplora que no se tuvieron en cuenta los procesos ejecutivos laborales de Luis Solano Castro y otros, Oswaldo Bermejo R. y otros, Oscar Iglesias y otros, así como de José Bonet, encuentra la Sala que tales diligenciamientos sí fueron analizados, según se plasmó en el fallo del a quo:

“Sobre el particular indíquese que ciertamente la referida prejudicialidad fue decretada el 31 de agosto de 1999. Empece a ello en diciembre de 1998 expidió tres constancias de los procesos en los que se libró mandamiento de pago, base de los fideicomisos aquí analizados, acreditando fecha de emisión de la sentencia y ejecutoria de la misma, y el no pago parcial o total de la obligación allí contenida, certificaciones en las que nada se dijo respecto de la prejudicialidad”.

“En su defensa TOLEDO ESQUENAZI refiere que el estudio de la documentación sustento de los fideicomisos fue realizada por la Firma De Vivero- Espinosa & Asociados, en concreto por CARLOS ANTONIO ESPINOSA PÉREZ, situación que se encuentra corroborada con el comunicado que éste enviara a aquel el 15 de diciembre de 1998³⁶ informándole: ‘Procedimos a reunimos el día de hoy con el Vicepresidente Comercial de la Fiduciaria del

Pacífico, a fin de examinar los pronunciamientos judiciales por virtud de los cuales se reconoció la indexación (...) Verificados los documentos aportados, encontramos que efectivamente los mandamientos de pago, en firme por no haber sido en su momento recurridos por Foncolpuertos(...)'. Así las cosas, no obstante la existencia de la prejudicialidad es irrefutable que el procesado TOLEDO ESQUENAZI no la conoció, en tanto no realizó de manera personal la visita a los juzgados de Barranquilla, ora que los documentos aportados por el vicepresidente comercial de Fidupacífico DIEGO SUAREZ para analizar la viabilidad del negocio, lo constituyeron entre otros, las certificaciones emitidas por los despachos judiciales, en las que incluyendo las del juzgado tercero, nada se dijo respecto de la prejudicialidad".

Acerca de la misma temática se dijo en el fallo de segundo grado:

"Ahora, en lo que tiene que ver con la verificación a los expedientes en los que se emitieron los mandamientos de pago objeto de los fideicomisos, el profesional Carlos Antonio Espinosa Pérez, miembro de Abogados Vivero- Espinosa y Asociados S.A., quien suscribió el concepto del Abogado Diego Suárez de la Corporación Financiera del Pacífico, acudió a los diferentes Juzgados Laborales en donde luego de verificar la existencia real de los expedientes, le fueron expedidas certificaciones de los juzgados en donde cursaron los procesos ejecutivos, como constancias de los funcionarios judiciales de la no cancelación de los mandamientos de pago emitidos dentro de los mismos; además obtuvo certificaciones auténticas de Colpuertos y Foncolpuertos; documentos con los que se descartaba cualquier indicio de falsedad; teniéndose que el abogado Diego Suárez, quien laboraba para Fidupacífico para la época de los hechos, en su declaración aseveró que efectivamente previo a constituir los derechos Fiduciarios además de solicitar la expedición de copias y constancias a los diferentes Juzgados Laborales, inspeccionó personalmente los expedientes para verificar la legalidad de los mandamientos de pago, como del procedimiento adelantado, sin que existiera

ninguna irregularidad jurídica”.

Como viene de verse, el aspecto en el cual funda su reparo la Fiscalía, sí fue abordado en los fallos de las instancias, de modo que no se presenta el falso juicio de existencia por omisión que denuncia.

(v) Con relación a que se omitió valorar el informe de auditoría rendido por la firma Arthur Andersen con destino al Ministro de Trabajo y Seguridad Social Hernando Yépez Arcila, así como la declaración de William Hernández, Gerente del Terminal Marítimo de Barranquilla, el informe del 4 de julio de 1994 presentado por Mayron Vergel al Ministro de Transporte, y el informe de control financiero y legalidad de la Contraloría General de la República rendido en marzo de 1995, consigue verificar la Sala que, como lo resalta la Procuradora Delegada en su concepto, dicho planteamiento no fue expresado por la Fiscalía en la audiencia pública, ni en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el fallo absolutorio de primer grado, motivo por el cual carece de interés para ahora proponerlo en sede casacional, en la medida en que privó al Tribunal de pronunciarse sobre una tal argumentación y por ello, resulta improcedente que sin aquel debate previo la ofrezca ahora en su demanda de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2002.

(vi) Acerca de otras pruebas cuya pretermisión valoratoria señala la Fiscalía, tales como el estudio grafológico del 11 de enero de 2000, en el cual se establece la uniprocedencia de la firma plasmada en 40 actas, los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración de recaudo y fuente de pago estructurados, la Resolución 0775 del 25 de mayo de 1999 a través de la cual se dispuso la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la Corporación Financiera del Pacífico S.A. para su liquidación, la Resolución 0776 del 25 de mayo de 1999, por cuyo medio se sometió a vigilancia especial a Fidupacífico S.A., así como la Resolución 1002 del 30 de junio de 1999 que dispuso la toma de posesión inmediata de bienes y

haberes de Pacífico Compañía de Financiamiento Comercial S.A. para su liquidación, observa la Sala que los aspectos informados por tales medios de prueba resultan intrascendentes en punto del sentido de la decisión por adoptar, pues con o sin ellos, se encuentra demostrado el proceder del acusado DAVID TOLEDO en torno a la operación origen de este diligenciamiento.

(vii) Como la demandante denuncia que los falladores no tuvieron en cuenta el hecho notorio referido a que de tiempo atrás a cuando el doctor TOLEDO ESQUENAZI propuso a la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado de Cali la ya mencionada operación, se sabía públicamente de los escándalos derivados de las múltiples irregularidades cometidas en FONCOLPUERTOS, planteamiento avalado por la Procuradora Delegada en su concepto, observa la Sala que de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (aplicable en el proceso penal en virtud de la norma rectora de remisión establecida en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000), el cual se ocupa de la carga de la prueba, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba” (subrayas fuera de texto).

El hecho notorio es aquél que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (notoria non eget probatione), en cuanto se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud.

Es evidente que no se trata de un rumor público, esto es, de un hecho social vago, impreciso e indefinido, comentado de boca en boca sin tener certeza acerca de su fuente

primigenia, defectos que lo tornan contrario a la certeza y que por tanto, se impone descartarlo probatoriamente.

Tampoco corresponde al hecho que se ubica dentro del ámbito de conocimiento privado del juez, pues éste no es conocido por la generalidad de la ciudadanía, de modo que carece de notoriedad y por ello, no cuenta con el especial tratamiento legislativo de tenersele como demostrado sin necesidad de un medio probatorio que lo acredite.

Ya en cuanto se refiere a la técnica casacional debe señalarse que la pretermisión por parte de los falladores de un hecho notorio trascendente en el sentido de la sentencia, corresponde a un error de apreciación probatoria.

En efecto, es claro que el hecho notorio como factum existe, pero no requiere prueba. Pese a ello, tiene innegable carácter demostrativo, en la medida en que acredita una situación concreta conocida de manera general y pública por la ciudadanía y el juez, siempre que guarde pertinencia de especial carácter en el sentido de la decisión que se adopta.

Desde luego, no se trata de un error de derecho por falso juicio de convicción, pues éste tiene lugar cuando existe tarifa legal, es decir, en aquellos casos en los cuales el legislador le ha asignado expresamente a determinada prueba una especial valía (tarifa positiva) o cuando ha señalado su insuficiencia como medio de acreditación (tarifa negativa); no obstante, en el caso del hecho notorio, lo único que ha dicho el legislador es que no requiere de prueba, pero no ha señalado que debe otorgársele tal o cual valor, de modo que en su apreciación se rige por las reglas que gobiernan la valoración judicial de los demás medios demostrativos.

Tampoco su total desatención pertenece al ámbito del error de derecho por falso juicio de legalidad, pues es el mismo legislador quien faculta para que sin prueba alguna, su aporte acreditativo sea incorporado en las decisiones judiciales.

No corresponde a un error de hecho por falso raciocinio, pues no versa sobre una ponderación o deducción judicial a partir de las reglas de la sana crítica, en cuanto informa de una realidad objetiva y cierta de público conocimiento, cuya evidencia y tozudez resultan innegables.

Es ajena tal omisión del hecho notorio al falso juicio de identidad, pues en éste la pretermisión recae objetivamente sobre un fragmento del medio demostrativo, ya por que impropriamente se le adiciona, cercena o tergiversa, mientras que en el asunto estudiado se trata de su omisión objetiva integral.

Por tanto, considera la Sala que la inadvertencia del hecho notorio trascendente en la decisión corresponde a un error de hecho producto de un falso juicio de existencia por omisión, pues si se prueba por sí mismo al no requerir elemento demostrativo para su acreditación, su omisión deja de valorar un aspecto que, pese a estar fuera de la actuación, por ser de público conocimiento y notoriedad, debe ser tenido en cuenta junto con los demás medios demostrativos al momento de dictar la providencia, so pena de cambiar su sentido.

Impera finalmente señalar que la apreciación judicial del hecho notorio precisa entonces, de su efectiva ponderación, con el propósito de que no se le pretermita o suponga (juicio de existencia); de su información estrictamente objetiva sin adiciones, cercenamientos o tergiversaciones (juicio de identidad); y del respeto a las reglas de la sana crítica en las deducciones que de él se extraigan (debido raciocinio).

Una vez realizadas las anteriores precisiones, encuentra la Sala que en este asunto sí se imponía valorar el hecho notorio referido a la escalada de corrupción en FONCOLPUERTOS, precisamente con ocasión de los procesos judiciales de índole laboral adelantados por extrabajadores portuarios en su contra.

En efecto, para el mes de diciembre de 1998, época en la cual el Fondo Financiero

Especializado de Cali gerenciado por DAVID TOLEDO ESQUENAZI aceptó la oferta para adquirir los derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo constituido en la Fiduciaria del Pacífico, compuesto por ocho fideicomisos constituidos por extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, quienes tenían a su favor mandamientos de pago en contra del Estado correspondientes a acreencias laborales adeudadas por la entidad portuaria, hacía por lo menos dos años (noviembre de 1996) desde cuando los diversos medios de comunicación escrita y oral de Colombia venían registrando en forma profusa noticias en torno a la millonaria defraudación, precisamente con ocasión del masivo cobro irregular de obligaciones laborales ya pagadas o reliquidaciones infundadas, que se sustentaron en resoluciones espurias, mediante la connivencia entre extrabajadores, abogados litigantes quienes los representaban, así como apoderados de la empresa, exdirectivos de COLPUERTOS, directivos de FONCOLPUERTOS y lo más importante, funcionarios judiciales.

No obstante, contrario a lo planteado por la Fiscalía en condición de demandante y el Ministerio Público en su concepto, los sentenciadores no pretermitieron íntegramente el hecho notorio referido, pues en el fallo de segundo grado se dice:

“Aunque para el año de 1998 se conocía sobre la corrupción en Foncolpuertos, se advierte que previo a la adquisición de los derechos fiduciarios cuestionados, la Corporación del Pacífico, cuyo Vicepresidente era Carlos Alberto Correa Cadavid, adelantó las diligencias necesarias para determinar la legalidad de los mandamientos de pago” (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con el fragmento citado, es evidente que el Tribunal reconoció la referida circunstancia como constitutiva de un hecho notorio, pero de allí no extrajo las respectivas conclusiones, de modo que no se presentó el denunciado error de hecho por falso juicio de existencia por omisión postulado por el ente acusador y el Ministerio Público, pero sí encuentra la Sala que en su apreciación incurrió el ad quem en un error de

derecho por falso raciocinio por quebranto las reglas de la experiencia.

Sobre el particular ha dicho esta Colegiatura³:

“Las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido”.

“Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico”.

“En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, no hay duda que como se iba a realizar una operación de gran envergadura por parte del Fondo Financiero Especializado de Cali, en cuanto comprometía la suma de trece mil cincuenta y dos millones doscientos treinta mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$13.052.230.859.00), no bastaba con efectuar ciertas verificaciones puntuales e insuficientes, sino que dado el cúmulo de hechos denunciados en los medios de comunicación - circunstancia que comportaba un hecho notorio de público conocimiento, como se dijo, desde por lo menos dos años antes a la realización de la operación - se imponía no realizarla, con mayor razón si la denuncia pública de corrupción recaía

precisamente sobre derechos litigiosos de extrabajadores, en cuanto eran controvertidos por ilegales y espurios.

Es decir, en tal panorama de sucesos notorios de manifiesta ilegalidad en FONCOLPUERTOS, debió deducirse conforme a la experiencia, que por tratarse de una cuantiosa suma de dinero público, no podría efectuarse la operación cuyo objeto era seriamente cuestionado, pues ello colocaba en una situación no únicamente riesgosa, sino de seguro fracaso al Fondo Financiero Especializado del municipio de Cali, como en efecto ocurrió.

Ahora, teniendo en cuenta los antecedentes de la transacción, esto es, el concepto emitido por la firma de abogados Viveros - Espinosa & Asociados S.A., además de la intervención del procesado TOLEDO ESQUENAZI ante la Junta Directiva del Fondo Financiero, sin dificultad consigue colegirse que el acusado no solamente sabía de tal situación, dados sus especiales conocimientos y amplia experiencia en el sector financiero, sino que a pesar de ello orientó su gestión a continuar y llevar a cabo la operación, en procura de favorecer decididamente los intereses de terceros en desmedro del patrimonio público de la entidad que gerenciaba, en manifiesta contrariedad de lo establecido en el Acuerdo municipal 01 del 9 de mayo de 1996 que creó el Fondo, el cual alude a la solidez, seguridad, viabilidad y rentabilidad de las inversiones realizadas con entidades que no representen riesgo al portafolio concentrado.

Las razones expuestas emergen como adicionales a las señaladas al analizar el primer cargo, para concluir que los reproches formulados deben prosperar y en tal medida, se impone, como lo deprecian los impugnantes, así como la Procuradora Tercera Delegada en su concepto, casar la sentencia impugnada, para en su lugar, proferir sentencia condenatoria contra DAVID TOLEDO ESQUENAZI como autor penalmente responsable del delito objeto de acusación.

Consecuencias jurídicas de la conducta punible

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del estatuto procesal exige para afectar al procesado DAVID TOLEDO ESQUENAZI con fallo condenatorio por su responsabilidad penal en el delito por el cual fue acusado, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que a dicha conducta corresponden.

1. Determinación de la punibilidad

En atención a que el delito ocurrió en vigencia del anterior estatuto penal, pero esta decisión debe ser adoptada en vigencia de la Ley 599 de 2000, es necesario verificar en el referido tránsito legislativo, el precepto o los criterios dosimétricos de la pena que resulten más favorables al procesado.

a. Norma sustancial

i. Pena de prisión

El artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, establecía una pena principal de seis (6) a quince (15) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, para el autor del delito de peculado por apropiación; a su vez, en el inciso 3º del referido precepto se indicaba que si el valor de lo apropiado era superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumentaría hasta en la mitad.

El artículo 397 de la Ley 599 de 2000 establece para el autor del referido delito una pena principal entre seis (6) y quince (15) años de prisión, multa equivalente al valor de lo

apropiado sin que sea superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual; a su vez, el inciso 2º de la misma disposición incrementa la sanción hasta en la mitad, cuando el valor de lo apropiado es superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 3106 de 1997, el salario mínimo legal durante el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 fue de \$203.825.00, por tanto, doscientos (200) salarios mínimos para la época de los sucesos motivo de este averiguatorio equivalían a \$40.765.000.00; es decir, si el valor de lo apropiado en este asunto fue de \$13.052.230.859.00, no hay duda que sobrepasó el quantum señalado para aumentar la pena, tanto en el ordenamiento anterior como en el actual, circunstancia que descarta la posibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad, dado que en punto de la sanción privativa de libertad los preceptos en tránsito de legislación sancionan de igual manera el comportamiento.

i. Pena de multa

En cuanto comporta la pena principal de multa se advierte que en los dos ordenamientos punitivos cotejados su valor es equivale al valor de lo apropiado, suma que en este asunto sería de trece mil cincuenta y dos millones doscientos treinta mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$13.052.230.859.00). No obstante, como el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 limita su monto a 50.000 salarios mínimos legales, los que de conformidad con el referido Decreto 3106 de 1997 equivalen a \$1.019.300.000.00, es claro que la normativa del 2000 resulta más beneficiosa al acusado y por tanto, debe ser aplicada retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, de manera que la sanción pecuniaria corresponderá al último de los valores mencionados.

i. Pena de interdicción de derechos públicos

Respecto de la pena de interdicción de derechos públicos establecida en el anterior Código Penal, que por voluntad del legislador fue dispuesta como principal para el delito de peculado por apropiación, se tiene que su duración era señalada de conformidad con la pena de prisión, esto es, de seis (6) a quince (15) años, aumentada hasta en la mitad por la cuantía de lo apropiado.

En la Ley 599 de 2000 se establece como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, que puede ser de seis (6) a quince (15) años, aumentada hasta en la mitad por la agravación por la cuantía, de modo que tal tratamiento sancionador similar no comporta acudir a la aplicación del principio de favorabilidad.

Entonces, de conformidad con lo anotado se concluye que la pena principal de interdicción de derechos públicos tendrá la misma duración de la sanción privativa de libertad.

b. Criterios dosimétricos de la pena

Ahora bien, en cuanto se refiere a los criterios para dosificar la pena, es pertinente señalar que como se trata de un delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, tanto en el derogado Código Penal como en la Ley 599 de 2000 la pena principal imponible estaría comprendida por un mínimo de seis (6) años, y un máximo de veintidós (22) años seis (6) meses.

De conformidad con los criterios de individualización de la pena establecidos en la legislación punitiva del 2000, la sanción estaría compuesta por un primer cuarto de

movilidad entre setenta y dos 72 meses y ciento veintiún (121) meses y quince (15) días; el segundo cuarto entre ciento veintiún (121) meses y dieciséis (16) días y ciento setenta y un (171) meses; el tercer cuarto entre ciento setenta y un meses (171) y un (1) día y doscientos veinte (220) meses y quince (15) días, y el cuarto final entre doscientos veinte meses (220) y dieciséis (16) días y doscientos setenta (270) meses.

Como en este asunto no se dedujo circunstancia alguna de agravación genérica en la resolución acusatoria y se advierte que concurre la circunstancia de atenuación punitiva determinada por la buena conducta anterior o ausencia de antecedentes penales del acusado (numeral 1º artículo 64 Decreto 100 de 1980, numeral 1º del artículo 55 de la Ley 599 de 2000), de acuerdo con el estatuto punitivo actualmente vigente el ámbito de movilidad estará determinado por el primer cuarto, esto es, entre setenta y dos 72 meses, y ciento veintiún (121) meses y quince (15) días.

Analizado el tópico de la dosificación punitiva de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 61 de la legislación penal de 1980 modificada por la Ley 190 de 1995 se tiene que el procedimiento es más simple, habida cuenta que el marco punitivo genérico (72 meses a 270 meses de prisión) no está afectado por factores reales, de modo que si bien de acuerdo con lo que disponía el artículo 67, puede imponerse el mínimo de la pena (6 años) porque no concurren circunstancias de agravación y resultaría también necesario ponderar cuantitativamente la referida circunstancia de menor punibilidad, ello evidencia un tratamiento similar al correspondiente para el primer cuarto de movilidad establecido en el Código Penal vigente.

Así las cosas, estima la Sala que para efectos de establecer la pena imponible y al evaluar el ámbito del principio de favorabilidad de la ley, por resultar imperioso partir en ambos ordenamientos del mínimo de sanción establecido para el delito, no se advierte que uno de los dos resulte más favorable, pero es claro, desde luego, que bajo la

égida de la legislación sustancial punitiva de 2000, el máximo sí estaría determinado por el extremo superior del primer cuarto de punibilidad.

Por tanto, partiendo del mínimo de seis (6) años, la pena principal de prisión se aumentará en un (1) año por el incremento punitivo determinado por las circunstancias y repercusiones del comportamiento ilícito, para lo cual es oportuno destacar la gravedad de la conducta investigada, dadas las peculiaridades en que se produjo su ejecución, no sólo porque tuvo lugar respecto de uno de los anunciados focos de corrupción en nuestro país, esto es, la defraudación a FONCOLPUERTOS, sino porque comportó una especial puesta en escena por parte del acusado frente a la Junta Directiva del Fondo Financiero Especializado del municipio de Cali, máxime que se trata de una persona cuya experiencia en el sector financiero le imponía asegurar el patrimonio público que le fue confiado con ocasión de sus funciones, y pese a ello decidió disponer de él, con lo cual produjo un cuantioso daño a los intereses de la entidad que gerenciaba.

También se le condenará a la pena principal de interdicción de derechos públicos por el mismo tiempo, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia, y teniendo en cuenta su finalidad, la gravedad del hecho y la relación del ejercicio funcional con la ofensa del bien jurídico, esto es, de la administración pública.

Además, se impondrá al procesado como pena principal, multa a favor del Tesoro Nacional, por mil diecinueve millones trescientos mil pesos (\$1.019.300.000.00); la cual deberá pagar dentro de los dos meses siguientes a la notificación de este fallo.

Adicional a las sanciones establecidas, le será impuesta de manera intemporal la pena de interdicción para el desempeño de funciones públicas establecida en el artículo 122 de la Carta Política, cuyo preceptiva es del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del estado, queda inhabilitado para el

desempeño de funciones públicas”.

Lo anterior es así, en atención a que a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, los servidores públicos que fueren condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, como ocurre en este caso que se condena al doctor TOLEDO ESQUENAZI por el delito de peculado por apropiación, quedan inhabilitados para el desempeño de funciones públicas por disposición expresa del precepto constitucional, de manera adicional a otras sanciones dispuestas por el legislador.

2. Determinación de la responsabilidad civil

Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta investigada, el funcionario condenará al responsable de los daños en la sentencia. Además, dispone que el Juez se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios, cuando establezca que el perjudicado ha promovido de manera independiente la acción civil. También señala que el fallo debe contener el pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

Como es palmario que con el comportamiento delictual se menoscabó el patrimonio económico del Fondo Financiero Especializado de Cali, se condenará al doctor DAVID TOLEDO ESQUENAZI al pago a favor de dicha entidad, de la suma de trece mil cincuenta y dos millones doscientos treinta mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$13.052.230.859.00), cuantía equivalente al valor de lo apropiado, actualizada al momento de efectuar el pago, con el fin de recuperar el valor adquisitivo de la moneda, para lo cual se obtendrá certificación del Banco de la República sobre la respectiva equivalencia, a partir del día de comisión del delito.

Dado que no existen elementos de juicio que suministren criterios seguros y equitativos, que permitan la cuantificación de la rentabilidad de dicha suma y atendiendo su natural

productividad, se aplicará al aludido monto el interés legal del seis por ciento (6%) anual establecido en el artículo 1617 del Código Civil, al instante en que se haga el pago, en la forma atrás mencionada.

No se condenará al pago de perjuicios morales por cuando no aparece en el proceso que ellos hayan sido causados con el delito.

Es necesario aclarar que la Sala condena civilmente al inculcado sin perjuicio de los procesos que por responsabilidad fiscal adelante la Contraloría General de la República u otro órgano de control, dado que los actos administrativos que en tales trámites se produzcan no tienen el carácter de cosa juzgada como si lo tiene este fallo, advirtiendo que en caso de percibirse el pago con ocasión de este proceso, no procede la cancelación nuevamente en el trámite fiscal.

3. Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Como quiera que la pena impuesta supera los tres años de prisión previstos en los artículos 68 del Decreto 100 de 1980 y 63 de la Ley 599 de 2000, se negará el otorgamiento de la condena de ejecución condicional al procesado; igualmente no es procedente la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión, dado que para su concesión es preciso que se encuentre acreditado el factor objetivo y el subjetivo señalados en la legislación punitiva.

Así las cosas, si el delito de peculado por apropiación en virtud del cual se impone la sanción tiene establecida una pena mínima de seis (6) años y un (1) día de prisión, y el artículo 38 del Código Penal vigente establece que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión procede para conductas punibles “cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”, es evidente que el procesado no puede beneficiarse con el referido instituto por no encontrarse satisfecho el factor objetivo.

Según lo señalado en precedencia, se ordena librar la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la pena impuesta al doctor TOLEDO ESQUENAZI, disponiendo que en caso de cumplirse lo ordenado, el procesado debe permanecer en el establecimiento carcelario que determine el INPEC.

Cuestión final

En atención a que encontrándose al despacho este asunto para proferir el respectivo fallo de casación, el defensor del procesado allegó copia de la sentencia de condena proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión para FONCOLPUERTOS en contra de Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés como coautores del delito de estafa agravada - comportamiento relacionado con los hechos aquí investigados - y con base en tal proveído considera acreditada la inocencia de su asistido, baste señalar que dado el carácter progresivo y preclusivo del proceso penal no hay lugar a ponderar el fallo que aporta.

Además, si en el trámite casacional no hay oportunidad para allegar pruebas, se crearía un desequilibrio con los demás sujetos procesales al permitir dicho aporte probatorio extemporáneo, sin permitir su conocimiento y controversia por parte de los demás.

En consecuencia, infórmesele al defensor que el referido documento no puede ser objeto de apreciación en este fallo.

Por 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. CASAR la sentencia impugnada, en el sentido de revocar el fallo absolutorio proferido a favor de DAVID TOLEDO ESQUENAZI, por las razones expuestas en la

anterior motivación.

2. CONDENAR al mencionado ciudadano como autor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros objeto de acusación, realizado cuando se desempeñó como Gerente del Fondo Financiero Especializado del Municipio de Cali, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

3. CONDENAR al señor TOLEDO, en consecuencia, a la pena principal de siete (7) años de prisión, multa de \$1.019.300.000.00 a favor del Tesoro Nacional e inhabilitación para el ejercicio de derechos públicos por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

4. DECLARAR que el sentenciado queda inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas en los términos del artículo 122 de la [Constitución Política](#).

5. DECLARAR que el señor TOLEDO ESQUENAZI no se hace acreedor a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

6. LIBRAR de inmediato orden de captura en contra del condenado para hacer efectiva la pena de prisión que aquí se impone, lograda la cual será del resorte exclusivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC señalar el lugar de reclusión.

7. CONDENAR al ciudadano DAVID TOLEDO a pagar en favor del Fondo Financiero Especializado de Cali, por concepto de indemnización de perjuicios causados con la conducta punible y dentro de un término de doce (12) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de trece mil cincuenta y dos millones doscientos treinta mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$13.052.230.859.00) actualizada a la fecha de su cancelación en la forma precisada en la parte motiva, con

la aplicación del interés legal del 6% anual.

8. LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones correspondientes a las autoridades competentes de conformidad con lo establecido en el artículo 472 Ley 600 de 2000 y demás preceptos concordantes.

9. COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para efecto del recaudo de la multa impuesta.

10. INFORMAR al defensor de DAVID TOLEDO que no es viable ponderar la prueba que de manera extemporánea allegó.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2004. Rad. 14256.

2 Cfr. Auto del 9 de mayo de 2007. Rad. 27276, entre muchos otros.

3 Cfr. sentencias del 21 de noviembre de 2002. Rad. 16472, 9 de abril de 2008. Rad. 22548 y 4 de marzo de 2009. Rad. 23909.

4 Los hechos investigados ocurrieron en diciembre de 1998.