

Proceso n° 30551

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 130

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil once (2011)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación que interpusiera el apoderado de la parte civil contra la sentencia de mayo 7 de 2008 por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó la que dictara el Juzgado 4º Penal del Circuito de la misma ciudad el 11 de marzo de dicho año absolviendo a los procesados Jurgen Winzer Bellman y Olga Patricia Perilla Fernández de la acusación que les fuera formulada por el punible de estafa agravada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Según se reseña en la acusación de segunda instancia, por razón de una relación comercial surgida desde 1987, durante 1994 y 1995 “Carlos Alberto Robledo Arango ... celebró un contrato de mutuo comercial con la sociedad Textiles Nova Ltda. de propiedad de los esposos Jurgen Winzer y Patricia Perilla por el valor total de doscientos millones de pesos con un interés del tres por ciento mensual, una garantía de prenda sin tenencia del acreedor en una maquinaria de confección y una duración de un año prorrogable.

“Los intereses de seis millones de pesos mensuales fueron cancelados oportunamente hasta el mes de septiembre de 1998, pero a partir de ese momento se suspendieron los pagos por el período de un año con lo cual se acumularon intereses por valor de setenta y dos millones de pesos. En ese momento los deudores le informaron a su acreedor que no estaban en condiciones de pagarle la totalidad de la deuda y le ofrecieron un pago total por doscientos cuarenta millones de pesos, a lo que accedió el denunciante.

“Posteriormente se le propuso aceptar una dación en pago de unos derechos fiduciarios para saldar la deuda anteriormente negociada de una manera definitiva, a lo cual también accedió el acreedor. Fue así como se hizo escritura pública de cesión de derechos fiduciarios el día 23 de diciembre de 1999 en la que los cedentes fueron los deudores y los cesionarios fueron el denunciante y tres acreedores más de la sociedad. Sin embargo esta escritura no se pudo registrar en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos porque carecía de autorización de la Fiduciaria.

“Posteriormente y mientras se procuraba lograr el registro, la aceptación de la Fiduciaria, el pago de la deuda, la aclaración de los negocios, etc., la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación obligatoria de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad Textiles Nova Ltda. Novatex, por auto de octubre 31 de 2000, liquidación en la que no se pudo hacer parte el señor Carlos Alberto Robledo porque su obligación aparentemente había sido cancelada con la cesión de derechos fiduciarios a título de dación en pago, con lo cual su patrimonio y el de su familia fue defraudado, pues quedó sin dinero y sin garantía, con un supuesto pago que no se ha podido hacer efectivo de ninguna manera”.

Denunciados en marzo 12 de 2002 los anteriores hechos por Carlos Alberto Robledo Arango, la Fiscalía abrió inmediatamente una investigación previa resolviendo en octubre 18 del mismo inhibirse de iniciar sumario, decisión que impugnada por la parte civil fue revocada en proveído de segunda instancia del 13 de febrero de 2003 que a cambio

dispuso la apertura de instrucción.

En tal virtud la fiscalía a quo vinculó mediante indagatoria a los sindicatos quienes en su oportunidad fueron afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva y a la vez beneficiados con libertad provisional, de modo que en dichas condiciones el sumario se clausuró en septiembre 17 de 2004 y su mérito calificado en resolución de noviembre 22 siguiente acusándose a Jurgen Winzer Wellman y a Olga Patricia Perilla Fernández por el delito de estafa, decisión esta que fue adicionada en diciembre 29 de dicho año por la fiscalía de primera instancia en el sentido de acusar por el referido punible pero agravado por la cuantía y así confirmada por la Delegada ante el Tribunal en junio 28 de 2005.

La consiguiente etapa de la causa correspondió adelantarla al Juzgado 4º Penal del Circuito de Medellín, el cual dictó en marzo 11 de 2008 sentencia absolviendo a los referidos procesados del cargo que por estafa agravada les fuera imputado, fallo que recurrido por el apoderado de la parte civil fue confirmado por el Tribunal Superior de esa ciudad a través del que profiriera en mayo 7 de esa anualidad y en cuya contra el mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Formulado como principal y al amparo de la causal primera acusa el demandante la sentencia recurrida de infringir indirectamente la ley sustancial por error de hecho derivado de falso juicio de identidad en la apreciación de las escrituras públicas Nos. 1423 de agosto 10 de 1995 y 4774 de diciembre 23 de 1999, así como en la valoración de los testimonios de Alfredo Tamayo Jaramillo y Diana Lucía Barrientos Gómez.

En efecto -dice- mediante Escritura 1423 de agosto 10 de 1995 los procesados limitaron

el dominio sobre un inmueble de su propiedad a través de un contrato de fiducia a favor del Banco del Estado pero a pesar de ello incumplieron la cláusula 19 al hacer una dación en pago al señor Carlos Alberto Robledo Arango, luego de esa forma se distorsionó el sentido de dicho documento, pues se descarta el dolo en la conducta de los acusados cuando claramente la citada cláusula impedía que el Fideicomitente cediera sus derechos sin la aceptación previa de la Fiduciaria, quien se reservaba el derecho de admitir o no al nuevo fideicomitente y al beneficiario y sin embargo en la Escritura 4774 de 1999 en la cláusula 7 los procesados hicieron ver y creer al denunciante que bastaba sólo la aceptación entre cedente y cesionario y la notificación a la Fiduciaria.

“No es ese -se pregunta el censor- una inducción y mantenimiento en error, que en forma engañosa utilizaron los deudores del señor Robledo Arango para darle la certeza sobre algo que nunca lo tuvo y de lo que tampoco nunca se llevaría a cabo, como lo era el respaldo de los dineros adeudados?”.

En esas circunstancias -añade- los procesados crearon falsamente en el denunciante la idea de que tenían capacidad de cancelar más de 200 millones de pesos al poder suscribir una dación en pago sin limitaciones y que el crédito voluntariamente ofrecido por el ofendido tenía pleno respaldo cuando la realidad es que uno de sus bienes se hallaba afectado por una fiducia, efectos para los cuales pagaron cumplidamente los intereses de modo que se mantuviera expectante lo que nunca sucedería, presentaron como un suceso fácil la dación en pago escondiendo la realidad del contrato, hicieron creer que de no poderse inscribir la dación en pago todo ello era atribuible a la Fiduciaria del Estado, hicieron constar en la Escritura 4774 montos de dinero que ayudaron al engolosinamiento de Robledo Arango sabiendo de antemano que aquéllos nunca llegarían a sus destinatarios y se valieron del señor Germán Gómez a quien también debían 100 millones de pesos para que tomara la iniciativa en la propuesta de la dación en pago.

Todo lo anterior -añade el demandante- es distorsionado por el fallador cuando en la sentencia absolutoria se afirma que la iniciativa del crédito no partió de los denunciados; que los intereses del mutuo se pagaron cumplidamente hasta septiembre de 1998 cuando la empresa de los denunciados entró en crisis financiera; que suscrita la Escritura 4774 de cesión de derechos fiduciarios no se pudo registrar por faltar la autorización de la Fiduciaria del Estado; que después de la denuncia penal el quejoso recibió el pago de intereses por valor de 65 millones de pesos y que la idea de la dación en pago surgió de Germán Gómez y con eso concluyó la judicatura en la atipicidad de la conducta porque en tales condiciones no se hizo incurrir en error, ni medió engaño alguno.

Pero además -añade el apoderado- las distinciones entre lo afirmado por el juzgador acerca de la imposibilidad de registrarse la escritura de cesión de derechos fiduciarios y lo realmente pactado son evidentes como que una cosa es sostener que la no autorización obedeció a causas atribuibles a la Fiduciaria y otra que fue por motivos imputables a los procesados, como que éstos sabían que sin el procedimiento señalado en el contrato de fiducia era imposible lograr aquella autorización tanto que en la Escritura 4774 de 1999 ocultaron el verdadero alcance de la cláusula 19 de la Escritura 1423, por manera que cualquier diligencia de los procesados ante
I a Fiduciaria tenía que ser fallida, luego esos intentos por obtener la autorización fueron distorsionadamente valorados.

Por lo mismo, que los acusados luego de la denuncia hubieren entregado 65 millones de pesos por concepto de intereses no evidencia la atipicidad de la conducta y en cambio sí el despliegue de ese conjunto de artificios y engaños que indujeron y mantuvieron en error al ofendido, máxime que lo trascendental en el fondo es que los procesados sabían de antemano que el contrato de dación en pago no respaldaba realmente el monto del crédito.

También como expresión de la distorsión probatoria documental el juzgador ubica el

problema jurídico en el mutuo y no en el contrato de cesión de derechos fiduciarios, tornándolos excluyentes y exclusivos en sí mismos, cuando no se puede escindir un asunto del otro porque si aquél no hubiere existido la dación en pago tampoco tendría razón de ser, de modo que uno y otro no fueron fines en sí mismos sino idóneos medios para llevar a cabo propósitos delictivos.

“No establecer entonces la estrecha relación entre el contrato de mutuo -sostiene el demandante- con el de fiducia, a través del desarrollo del conjunto de actuaciones que mediaron entre el momento en que se celebra el contrato de mutuo o préstamo (año 1994) y aquel otro momento en que se concreta el contrato fiduciario de 1999 con el señor Robledo Arango, es distorsionar la prueba documental en las escrituras públicas, para de esa forma, descartar todo dolo ...muy contrario a lo que indica el plenario, que en el contrato de fiducia que consta en la Escritura Pública No. 4774 para la dación en pago ... se encuentra la más grosera expresión del dolo que siempre acompañó desde el contrato de préstamo a los deudores... y esto es distorsionado por la judicatura penal”.

En cuanto al error que recae sobre los testimonios antes precisados -sostiene el demandante- el juzgador para llegar a una conclusión de atipicidad, otorga un valor enervante al de Alfredo Tamayo Jaramillo cuyo contenido no guarda relación alguna con el texto real del contrato fiduciario descrito en la Escritura 1423 porque desconoce los alcances de la citada cláusula 19, por manera que aquella prueba se termina distorsionando cuando para realzar la naturaleza del contrato de fiducia se afirma que la Fiduciaria confunde cesión del contrato de fiducia con cesión de derechos finales del fideicomitente, siendo ésta la que hicieron los acusados, pues nada de eso se corresponde con ninguno de los apartes de las escrituras públicas ya reseñadas como que la Fiduciaria sólo actuó consecuentemente con lo estipulado; “...esta parte -dice el censor- es distorsionada por la judicatura penal en su análisis, incurriendo en un error de hecho, por falso juicio de identidad por distorsión material y total del contenido de la prueba que se menciona. Puesto que un aspecto es al que se refiere el deponente acerca

de la fiducia como figura típica del derecho civil y otro distinto fueron las defensas que Fiduciaria del Estado hizo de sus intereses”.

Por lo mismo -añade- no es cierto lo afirmado por el testigo acerca de que la Fiduciaria sentó una especie de protesta aduciendo que los fideicomitentes no podían ceder sus derechos sin su autorización, pues si nos atenemos al contrato fiduciario allí no se prevé ninguna clase de protesta y en cambio sí el ejercicio de unos derechos de la entidad que podían ser vulnerados con la escritura 1423 de 1995; “aceptar el dicho del deponente en mención, para desestructurar los ingredientes del tipo penal de la estafa constituye otro desacierto, mismo que configura el cargo que estamos formulando y demostrando...”.

También se distorsiona dicho testimonio -afirma el libelista- cuando no se tiene en cuenta en el contexto global de la deponencia, ni su relación con las dos escrituras públicas mencionadas. Por el contrario -agrega- esta declaración en su esencia confirma el delito de estafa, pero la judicatura le da otra connotación que para nada concuerda con su sentido real.

De otro lado -dice- el juzgador sostiene que la testigo Diana Lucía Barrientos Gómez confirma a Tamayo Jaramillo pero dicha declarante sostuvo totalmente lo contrario a lo aseverado por la judicatura como que ella advirtió que con la cesión de derechos fiduciarios no se estaba haciendo realmente un pago sino creando un problema mayor que condujo finalmente a que el ofendido quedara sin derechos ante la fiducia y ante la liquidación de la empresa textil.

Es claro entonces para el censor que al hacer el juzgador esa afirmación de concordancia no establece las sustanciales diferencias entre los dos testimonios y a cambio por vía del error de hecho las distorsiona para asimilarlas cuando entre ellas como en relación con la prueba documental constituyen medios probatorios abiertamente diferentes; es más, semejante aserto no resulta útil para derivar atipicidad de la conducta pues lo cierto es

que la declarante asegura que el ofendido se quedó sin recibir el pago y sin derechos en la fiducia ni en la liquidación, aspectos que no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador.

Solicita por lo anterior el apoderado de la parte civil que se case el fallo impugnado y en su lugar se profiera sentencia de condena contra los acusados.

Segundo cargo:

Subsidiariamente y con sustento también en la causal primera, pero esta vez por la vía directa, acusa el demandante la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente el artículo 246 de la Ley 599 de 2000 en tanto a los elementos descriptivos de la estafa se le hacen agregados no previstos por el legislador, ni establecidos en la jurisprudencia o la doctrina como conceptos jurídico-penales válidos.

Así -sostiene el apoderado- en la sentencia absolutoria se indica que por haber tenido los hechos origen en un contrato de mutuo o préstamo ello desestructura la configuración de los ingredientes típicos del delito y que a pesar del apoderamiento real y efectivo de los dineros por parte de los procesados en desmedro del denunciante la mediación de los contratos de mutuo y de dación en pago hacen atípica la conducta en razón a que nunca existió inducción ni mantenimiento en error, como si la obtención del provecho ilícito no pudiera tener origen a través de la celebración de contratos legales o con apariencia de serlo.

“La interpretación que contiene la sentencia de absolución -sostiene el demandante- también resulta errónea, por cuanto hace una distinción conceptual entre ilicitud penal y civil introduciendo el concepto de ilicitud civil per se, frente a dos eventualidades (i)cuando medien unilaterales ofrecimientos y (ii) cuando en virtud a dicha mediación los incumplimientos contractuales o de relaciones contractuales hace atípica la conducta de estafa, todo lo cual constituyen agregados a la norma 246 de la Ley

599 de 2000 que no contiene”.

Así, si el ofrecimiento voluntario de crédito y su incumplimiento significaren la no configuración de inducción y mantenimiento en error y la permanente ilicitud civil, entonces aquellos voluntarios y unilaterales ofrecimientos de crédito y tarjetas de la misma índole que hace el sistema bancario excluiría la comisión de delitos y particularmente el de estafa, lo cual no sólo resulta erróneo conceptual sino también jurídica, doctrinal y pragmáticamente, denotando además una infracción al principio universal según el cual donde el legislador no ha hecho diferenciación alguna no le es dable al intérprete hacerlo.

Por desconocer la sentencia recurrida que aunque medie contratación, ofrecimiento voluntario de crédito o incumplimiento de contrato el elemento doloso puede estar presente, la interpretación que hace aquélla de la norma invocada es abiertamente equívoca.

Luego de transcribir citas doctrinarias y jurisprudenciales solicita que dada la errada interpretación del artículo 246 de la Ley 599 de 2000, se reconsidere la efectiva existencia de artificios y engaños, efectos para los cuales ha de reconocerse que hubo un detrimento patrimonial en el sujeto pasivo del delito y que éste fue consecuencia directa de aquéllos, todo lo cual se encuentra estructurado mediante los contratos celebrados, el primero de mutuo y el segundo de dación en pago, de suerte que inducido y mantenido el ofendido en error a través de toda una gama de maneras o formas empleadas por los acusados, que la judicatura no reconoció, entre otras la relacionada con la capacidad económica, ellas produjeron en el denunciante la errada creencia que su crédito tenía pleno respaldo, cuando la realidad era otra.

Demanda por lo anterior se case totalmente la sentencia de segunda instancia y en su lugar se profiera fallo de condena contra los acusados.

ALEGATOS DEL NO RECURRENTE:

El defensor de los procesados, en su condición de no recurrente, solicita se confirme el fallo impugnado o, en caso de que por algún motivo se llegare a casar, se dicte de todos modos sentencia sustitutiva absolviendo a los procesados, pues -dice- la demanda que sustenta el recurso extraordinario resulta temeraria e infundada toda vez que la atipicidad de la conducta imputada a los acusados salta a la vista ya que la celebración del contrato de mutuo que se cuestiona fue desprovista de artificios o engaños y para ese momento la situación económica de los procesados era buena, por eso es absolutamente ilógico afirmar que alguien pretenda timar a otro pero le pague por concepto de intereses una suma prácticamente equivalente al capital porque entonces cuál sería la utilidad de la supuesta estafa? O cómo pensarse que ese delito se prolongue en el tiempo cancelando mes a mes unos altos réditos?

En esas condiciones lo que se observa en los procesados -sostiene el defensor- es su buena fe, sólo que años después ya no pudieron cumplir porque su situación económica cambió en forma adversa, por eso fue que ante la inminencia de la liquidación de su empresa comenzaron en compañía del denunciante y otros acreedores a explorar alternativas de pago, apareciendo entonces el también acreedor Germán Gómez quien propuso la figura de la cesión de derechos fiduciarios, demostrándose una vez más que los procesados actuaron desprovistos de dolo máxime que para el momento de esta última negociación los títulos valores emitidos como garantía de la deuda ya tenían prescritas sus acciones cambiarias.

Además -añade el defensor- el recurso de apelación de sentencias como de casación se entienden reservados para sujetos procesales diferentes a la parte civil por cuanto ésta se halla legitimada sólo para impugnar el contenido patrimonial del fallo, pero no para controvertir la responsabilidad penal de los acusados, máxime que no todo daño ocasionado por el engaño de un contratante genera condena por estafa, mucho menos si

ni siquiera existió fraude, como en este caso.

Igual, cuando la víctima ostenta un nivel intelectual y social similar al del contratante que engaña, cuyos conocimientos y pericia le permiten actuar con diligencia para evitar ser defraudado, asumiendo de esa forma una posición de garante, tampoco puede haber condena por estafa.

No se desconoce -agrega el no recurrente- que el denunciante sufrió un perjuicio cuando finalmente no se le pudo pagar su acreencia, pero él no se deriva de la comisión de un delito, sino de la insolvencia de los acusados, lo cual pone la situación en un plano meramente civil.

Ni en la celebración del mutuo, ni en la de cesión de derechos fiduciarios, los procesados actuaron de mala fe, por el contrario su ánimo fue siempre el de proteger los intereses de su acreedor y de esa manera efectuaron esa última negociación convencidos de que era legal y procedente, tanto que el propio Germán Gómez y el testigo de la parte civil Alfredo Tamayo conceptuaron que la cláusula que impidió llevar a feliz término dicha cesión era ineficaz, ilegal y leonina pues la Fiduciaria desbordó contractualmente sus facultades, limitando las que sí tenían los procesados.

En esos efectos -sostiene el defensor- el testimonio que más claridad aporta al asunto es el del abogado Germán Gómez, acreedor igual que el denunciante, como que él sí tuvo en cuenta la cuestionada cláusula pero conceptuó que la misma era inoperante e ineficaz, por eso procedió a recomendar la celebración de ese negocio jurídico en el cual intervino además como apoderado del señor Robledo, quien a su turno ha aceptado que para el otorgamiento del crédito a los acusados no fue engañado en manera alguna.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Primer cargo:

En opinión del Procurador Primero Delegado en lo Penal los errores de hecho denunciados principalmente no se aprecian por no advertirse la distorsión denunciada o ser insustancial toda vez que los juzgadores fueron fieles al contenido literal de los elementos de convicción allegados.

Así, frente a las escrituras públicas de constitución de la fiducia y de cesión de derechos fiduciarios y más exactamente ante sus cláusulas 19ª y 7ª respectivamente, es nítido -afirma el Delegado- que los sentenciadores no las tergiversaron, ni desatendieron su contenido objetivo, pues si aquélla establecía que la cesión se condicionaba a la aceptación previa de la Fiduciaria y ésta que bastaba la notificación a la entidad, el fallador se atuvo a dichos contenidos y por ello consideró la cesión como fallida precisamente por la existencia de esa condición que estimó ley para las partes, transcribiendo a efectos de resaltar esa conformidad apartes tanto del fallo de primera como de segunda instancia.

De ese modo -agrega- para los juzgadores fue claro que pese a la cláusula 7ª de la Escritura 4774, la 19ª de la Escritura 1423 imponía a los cedentes la obligación de obtener autorización previa de la Fiduciaria del Estado a fin de concretar la cesión de sus derechos fiduciarios.

Sin embargo, como bien lo entendieron los falladores, del sólo incumplimiento de la obligación contractual primigenia no se puede deducir con certeza la existencia de dolo en el comportamiento de los procesados pues los instrumentos públicos mencionados no pueden valorarse aisladamente de los demás medios probatorios que indican que el contrato de cesión resultó fallido y que como litigio de orden civil debía ventilarse en la jurisdicción respectiva, esto por cuanto dada la naturaleza y alcances del contrato de fiducia en garantía, donde el bien afectado se enajena a fin de satisfacer el crédito incumplido, de existir remanentes el fideicomitente es el natural destinatario de los mismos, luego durante la vigencia del contrato el constituyente conserva los derechos

fiduciarios sobre aquellos remanentes y sobre el bien fideicomitido en caso de terminación sin que se verifique incumplimiento de las obligaciones con los acreedores beneficiarios.

En términos generales -aduce el Ministerio Público- el artículo 887 del Código de Comercio establece la cesión de derechos sin mediación de la otra parte contratante, salvo que por estipulación expresa se convenga lo contrario, lo cual no puede significar anulación de las prerrogativas compatibles con la esencia de los contratos y mucho menos en el de fiducia porque acá la Fiduciaria no es propietaria de derecho alguno y su carácter es el de un administrador del patrimonio autónomo que como mandatario del fideicomitente se ocupa de la tarea por él encomendada velando eso sí por los intereses de los acreedores expresamente garantizados, de tal suerte que no puede ni debe tener capacidad para frustrar la autonomía negocial del fideicomitente respecto de sus derechos fiduciarios.

En este asunto, a pesar de que la cláusula 19ª citada exigía para efectos de la cesión la aceptación expresa de la Fiduciaria, lo cierto es que además de ser una estipulación leonina, la negativa a aceptar a los cesionarios fue injustificada porque de ninguna manera se afectaban los intereses de los acreedores garantizados o de la Fiduciaria.

En este sentido destaca el Delegado cómo la propia Superintendencia Bancaria, ante queja formulada por los procesados, consideró ese tipo de estipulación exorbitante por limitar al extremo los derechos fiduciarios del constituyente por ello requirió explicaciones a la Fiduciaria y con base en las mismas respondió aquélla en los términos que transcribe.

Con todo, no obstante la regulación legal y el concepto de la mencionada Superintendencia, los procesados emprendieron diligentemente el trámite de solicitar previa y posteriormente a la suscripción de la cesión, la autorización de la Fiduciaria

sin resultado satisfactorio alguno.

Es claro por tanto para el Ministerio Público que fueron las limitaciones indebidamente impuestas por la Fiduciaria del Estado las que impidieron el perfeccionamiento del negocio jurídico, decisión arbitraria de la entidad financiera en la que ninguna injerencia dolosa pudieron tener los procesados, sumándose a ello que la idea de celebrar el contrato de dación en pago surgió de otro deudor en similares condiciones al acá denunciante y en ese orden éste fue enterado de todos sus pormenores tanto verbalmente como suministrándole copia de la correspondiente minuta que tuvo para estudiar durante un mes asesorado de su abogada, de manera que reseñados en su cláusula 4ª los derechos de la Fiduciaria era de esperarse como persona prudente, diligente y de reconocida experiencia en los negocios que el quejoso revisara el contrato de constitución de fiducia.

Ni siquiera puede afirmarse -dice el Delegado- que los procesados incurrieron en culpa, como lo dedujo el a quo, pues en la cesión se plasmó concientemente por los que en ella intervinieron una estipulación contraria a la contenida en el contrato de fiducia que resultaba viable porque los acusados estaban amparados en la ley para reclamar la aceptación de los cesionarios por ellos designados.

Los procesados no vincularon al presunto afectado con la falsa creencia de tener capacidad de pago para efectuar la dación sin limitación alguna o de tener pleno respaldo del crédito, pues está visto que aquéllos sí gozaban de la misma en tanto era previsible que una vez cancelados los créditos a los beneficiarios de la fiducia quedarían remanentes suficientes para cancelar las demás acreencias; de ese modo no generaron expectativas irreconciliables con la posibilidad real de pagar, por el contrario, con un sentido amplio de lealtad y buena fe, garantizaron a Robledo Arango una obligación que para ese momento era estrictamente natural, diferente es que la Fiduciaria se hubiera negado rotundamente a aceptar a los cesionarios de los derechos fiduciarios y que luego el

bien hubiera sido reclamado por el liquidador de la empresa.

En consecuencia, ninguno de los medios aducidos por el censor para inducir o mantener en error al denunciante tienen tal capacidad, como que pagar cumplidamente intereses del crédito a lo largo de más de cinco años a una tasa superior a la corriente bancaria no muestra sino la infranqueable voluntad de los procesados de respetar los términos contractuales hasta que la crisis de la empresa lo impidió; los derechos que como fideicomitente le asistían a su empresa, les permitía tener el convencimiento claro sobre la validez y eficacia del negocio jurídico de cesión; los acusados no pudieron esconder a Robledo Arango la realidad del contrato de fiducia, porque éste tuvo la suficiente oportunidad de conocer y debatir previamente los términos de la transacción que además firmó apoderando a los demás acreedores; la responsabilidad del fracaso de ésta corresponde a la Fiduciaria, realidad que era exactamente conocida por el denunciante; ningún artificio se advierte en hacer constar en la cesión los montos de dinero adeudados, pues ellos constituyen justamente el precio del contrato de dación en pago que tenían respaldo en los remanentes que dejara la enajenación del inmueble entregado en fiducia; ningún aprovechamiento se observa de los procesados hacia el ccesionario Germán Gómez para que éste llevara la iniciativa del contrato.

La sola consideración de un contrato civil o comercial fallido -asevera el Delegado- no puede comportar causalmente una conducta antijurídica, si ello fuere así las partes de cualquier convenio que por una u otra razón no resultare perfeccionado serían objeto de persecución penal, lo cual es absurdo.

En este asunto -dice el Ministerio Público- bajo ninguna circunstancia es evidente que en los negocios jurídicos de mutuo o de cesión se haya procedido con dolo inmanente al delito de estafa, ni separándolos, ni haciéndolos inescindibles, pues es claro que en aquella fase primaria el desembolso del dinero no se produjo con ocasión de algún despliegue de artificios o engaños que condujeran a Robledo a desprenderse de su capital, cuando

por el contrario lo que aparece demostrado es que el acreedor hizo la oferta a cambio de obtener unos réditos del 3.7% mensual, garantizándosele su derecho inicialmente con una prenda sin tenencia sobre una maquinaria en cuantía de cien millones de pesos y luego con sucesivos cheques del Banco de Occidente que eran renovados cada vez que caducaban.

Esta situación se mantuvo por más de 5 años hasta que la empresa cayó en estado de insolvencia y se propuso entonces soportar la obligación en una dación en pago a través de la cesión de derechos fiduciarios, oportunidad en la que tampoco son diáfanas las maniobras fraudulentas o engañosas para timar a Robledo Arango quien para entonces ya había dejado caducar la acción cambiaria respectiva y sólo le asistía una obligación de carácter eminentemente natural y aún así la intención de los procesados fue beneficiar al acreedor con los remanentes de la fiducia novando la obligación, lo cual arraiga aún más la idea de inexistencia del dolo reclamado por la parte civil.

Tal percepción inclusive la refiere José Alfredo Tamayo Jaramillo, asesor jurídico del denunciante y experto en derecho fiduciario, en cuya declaración se apoyó el Tribunal para hacer la afirmación censurada por el recurrente.

Tampoco -sostiene el Delegado- el falso juicio de identidad recaído sobre la prueba testimonial tiene vocación de prosperidad porque además de desconocer la técnica lógico-argumentativa, la distorsión denunciada no existe o es intrascendente.

Dado el carácter del yerro invocado se equivoca el censor al confrontar un medio de convicción testimonial con uno documental, específicamente la declaración del abogado Tamayo Jaramillo con la escritura de constitución de la fiducia para concluir que no guardan relación y así cuestionar al Tribunal por supuestamente incurrir en distorsión al otorgarle especial valor incriminatorio al aparte sobre la naturaleza de dicho contrato.

El problema finalmente para el libelista es de credibilidad por atender el Tribunal con mayor valor suasorio el testimonio del profesional del derecho en cuanto depuso sobre la naturaleza de la fiducia y no en la defensa de los intereses de la Fiduciaria, lo cual no constituye defecto de apreciación susceptible de ser alegado en esta sede.

Por el contrario, el ad quem se apegó en todo a la citada prueba, de modo que no la descontextualizó cuidándose al extremo de citarla literalmente en aquel aparte que resultaba conclusivo y referido a la confusión de la Fiduciaria entre cesión del contrato fiduciario y cesión de los derechos finales del fideicomitente para concluir que la ineficacia del contrato no obedeció a actividad dolosa de los procesados sino a la intervención extrema de la Fiduciaria.

Ninguna relevancia tiene que para el testigo la negativa de la Fiduciaria haya constituido una especie de protesta y que para el censor sea una forma de hacer valer sus derechos cuando en últimas el hecho jurídicamente trascendente es que en la falta de perfeccionamiento de la cesión no intervino un ánimo criminal de los enjuiciados sino la directa oposición de la entidad financiera, careciendo de legitimidad para ello.

Precisamente -añade el Delegado- porque los juzgadores evaluaron en su justa dimensión la declaración de Tamayo Jaramillo, su conocimiento especializado en el tema, su calidad de asesor jurídico del denunciante para la gestión realizada ante la Fiduciaria reticente, es que se pudo aclarar el papel que desempeñaron cada uno de los sujetos involucrados en el contrato de cesión, lo cual descarta la comisión del punible de estafa.

Finalmente si bien la afirmación del ad quem acerca de que Diana Lucía Barrientos Gómez, abogada asesora de Robledo Arango, confirma la declaración de Tamayo Jaramillo resulta ligera, el contexto general de su testimonio muestra que se trata de uno de cargo que no enseña rasgos semejantes al exculpatorio brindado por el

doctor Tamayo.

De todas maneras tal vicio deviene irrelevante porque aún cuando se apreciara esa versión en su real magnitud no sería posible llegar a la conclusión procurada por la parte civil ya que lo que la testigo ofrece es una impresión objetivada sobre la pérdida patrimonial, pero sin que ello tenga un origen causal en la conducta de los procesados, como lo acreditan los demás medios probatorios, de descargo, a lo que se suma que la testigo no es versada en asuntos fiduciarios y solamente asesoró al denunciante más como amiga de la familia que como abogada, luego parece lógico afirmar que la testigo carece de suficientes elementos de juicio que merezcan más credibilidad que la otorgada al abogado experto y asesor del afectado.

Nadie descarta -concluye el Ministerio Público- que la inducción o mantenimiento en error bien puede provenir de la aparente legalidad de un contrato, pero este no es el caso habida cuenta que la legalidad del contrato de cesión no es ficta sino real y porque no se acudió a artificios o engaños para su celebración, siendo la posición intransigente de un tercero la que impidió el perfeccionamiento del convenio.

Por lo anterior no es viable para el Delegado casar la sentencia impugnada por el reparo propuesto.

SEGUNDO CARGO:

Dados los elementos normativos y descriptivos que constituyen el delito de estafa y la manera como deben articularse para que se entienda ejecutada dicha conducta -sostiene el Ministerio Público- el análisis del hilo natural y material de los acontecimientos conduce a coincidir con el sentido de las decisiones reprochadas toda vez que el daño patrimonial sufrido por Robledo Arango no es consecuencia consustancial de algún propósito fraudulento de los acusados, sino del efecto adverso externo de un tercero y de la falta de diligencia del afectado para ejercer las acciones jurisdiccionales civiles del

caso.

Ni la celebración del mutuo, ni la del contrato de cesión estuvieron precedidas de algún despliegue de actos hábilmente preparados para inducir en error al denunciante: los préstamos se efectuaron por virtud del ofrecimiento voluntario que hizo el acreedor, allí no medió actividad torticera alguna de los procesados quienes por muchos años pagaron cumplidamente los intereses corrientes del negocio hasta que sobrevino la crisis financiera de la empresa, hecho ajeno que no se les puede confutar.

Y no obstante que el acreedor dejó caducar las acciones cambiarias, los procesados reconocieron la deuda y le novaron el contrato al quejoso con una dación en pago de derechos fiduciarios, negocio este en el que tampoco se observa la concepción planeada de amaños para defraudarlo.

Por ende, si no se percibe la mise en scene de la doctrina francesa, menos puede existir de parte de los acriminados la capacidad dolosa de inducir en error a Robledo, máxime cuando éste conoció con suficiencia los términos de la cesión y debatió con el gestor de la idea la necesidad o no de obtener la autorización de la Fiduciaria, por eso los demás acreedores cesionarios, en idéntica situación al denunciante, no manifiestan la sensación de haber sido engañados con ocasión de dicho convenio.

La pérdida entonces del patrimonio de Robledo no es imputable a alguna suerte de componenda criminal por parte de los enjuiciados, sino a la inicial negligencia de aquél para ejercer oportunamente las acciones cambiarias o para hacerse parte en el proceso liquidatorio y al despliegue indebido de la posición dominante de la Fiduciaria.

Adviértase que tampoco se generó un inminente provecho económico para los insolventes empresarios pues el denunciante siguió en la misma situación que venía antes de diciembre 23 de 1999, mientras los denunciados siguen con la deuda vigente.

De cualquier modo -concluye el Delegado- el delito de estafa no podría imputarse a los acusados pues si se sigue el orden de los acontecimientos habría que deducirse que el supuesto ardid se produjo después del desplazamiento patrimonial, lo cual resulta desafortunado si se considera que producido el despojo ninguna relevancia tiene que se ejerzan maniobras engañosas ya que tal conducta sería inocua por no tener la entidad para afectar o poner en peligro el bien jurídico protegido, luego tampoco por este cargo es viable casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES:

Aunque en vigencia de anteriores ordenamientos de procedimiento penal se concebía a la parte civil como un sujeto procesal al que sólo se le facultaba en la pretensión de obtener la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con la conducta punible, tal restrictiva comprensión -que permaneció aún invariable con la entrada en rigor de las leyes 599 y 600 de 2000- fue abandonada a partir del 3 de abril de 2002 con la sentencia C-228, pues la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal bajo el entendimiento que la parte civil tiene derecho además del resarcimiento económico, a obtener la verdad de los hechos y a que se haga justicia, amplió ese orden de atribuciones con que hasta ese momento contaba la víctima.

A partir entonces de la hermenéutica constitucional soportada en las prerrogativas fundamentales de las víctimas y perjudicados a ser tratados dignamente, a participar en las decisiones que los afecten y a lograr la protección judicial efectiva del goce real de sus derechos se impuso en el funcionario judicial el imperativo de dirigir su actuación al restablecimiento integral de las facultades de aquéllas, entendiendo que eso es posible si se les garantizan por lo menos las referidas a la verdad, la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

Por eso se admitió como probable que la víctima o el perjudicado se constituyeran en

parte civil con el propósito de que se estableciera la verdad de los hechos o se hiciera justicia, abandonando el resarcimiento pecuniario del daño, pero en todo caso derivándose la legitimación según se acredite la existencia del perjuicio así éste no fuera de carácter patrimonial.

En ese orden y facultada la parte civil para deprecar la práctica de pruebas que tengan conexión con los derechos a la verdad, la justicia y el resarcimiento de los daños, e interponer recursos contra las decisiones que afecten esas prerrogativas, se le concibió entonces como un sujeto procesal en sentido pleno y con igualdad de condiciones frente a los demás que intervienen en el procedimiento penal.

Tal doctrina, reiterada posteriormente en sentencias C-875 del 15 de octubre de 2002, C-06 del 21 de enero de 2003, C-805 del 1o de octubre de 2003, C-899 de 2003, C-370 del 18 de mayo de 2006, C-454 del 7 de junio de 2006 -entre otras- y acogida por la Sala en decisiones del 20 de febrero de 2003, en el radicado No. 13177, del 17 de junio de 2003, en el radicado No. 15100 -también entre varias otras- ha permitido establecer que el concepto víctima o perjudicado -individual o colectivo- comprende a todos los que han sufrido un daño así no sea patrimonial; que si persiguen el resarcimiento pecuniario también tendrán derecho a obtener la verdad y a que se haga justicia en el proceso penal; que podrán constituirse en parte civil con el exclusivo interés de obtener la verdad de los hechos y que se condene al responsable del delito, acreditándose para ese fin que como consecuencia de la conducta punible sufrieron un perjuicio concreto, así éste no sea de índole económica.

Es que en términos de la decisión constitucional primeramente citada "...los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (arts 1º, 15 y 21 del C.P.), puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las

víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivos de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra, el buen nombre de la víctima o perjudicado.

“Además, la reducción de los derechos a las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. En cuanto a los principios, el de asegurar la convivencia pacífica (artículo 2º.CP) exige que el Estado provea mecanismos que eviten la resolución violenta de los conflictos y el de garantizar “la vigencia de un orden justo” (artículo 2, CP), hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad. En cuanto a los deberes, el de ‘colaborar para el buen funcionamiento de la justicia’ (artículo 95, No. 7, CP), implica que las personas presten su concurso para el logro de una pronta y cumplida justicia, pero no sólo para recibir un beneficio económico.

“De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantiza sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos.”.

“Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentar contra

la moralidad pública, el patrimonio público o los derechos colectivos o donde el daño material causado es ínfimo – porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público- pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quien es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

“No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil - aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad- ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por la autoridad judicial en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial”.

El anterior entendimiento, que parece desconocer el defensor de los acá procesados en su condición de no recurrente, es cuestionado por el mismo pero a partir de supuestos que advierte la Sala equivocados ya que si bien es cierto -según ya se dijo- en

principio la pretensión del ofendido se restringía a la obtención del resarcimiento de los perjuicios, la nueva concepción acerca de la víctima o perjudicado no emerge a partir de la propia ley, sino de una visión constitucional de las prerrogativas que posee la parte civil por manera que dicho sujeto procesal se advierte pleno y en igualdad de condiciones a los otros y eso le posibilita ejercer todos los mecanismos de que dispone el procedimiento penal en aras de hacer efectivos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Pero aún bajo el limitado entendimiento del no recurrente es lo cierto que en este asunto la parte civil de todas maneras se encuentra legitimada para acudir en casación, pues si su pretensión fuere exclusivamente la búsqueda de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible, procurando la condena del responsable, es obvio que ésta se constituye en presupuesto indispensable para lograr lo primero.

Por manera que si la sentencia impugnada es de carácter absolutorio resulta indiscutible que los intereses privados se ven afectados en tanto, dado el sentido de aquélla, desaparece la opción de obtener el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios morales y materiales que hubiere ocasionado la conducta sometida a juzgamiento, pues es patente que la sentencia de condena es el necesario supuesto de aquél propósito.

En consecuencia, si los procesados son absueltos como sucede en el presente caso, ello impide a la parte civil el logro de la pretensión económica y por lo tanto facultada plenamente se halla para impugnar el fallo, sin importar además para nada la cuantía de los perjuicios.

Contrariamente entonces a lo sostenido por el no recurrente y sentado así el interés de la parte civil para recurrir extraordinariamente por estar dirigida la impugnación contra una sentencia absolutoria, pues, precisamente de la declaratoria de la responsabilidad de

los acusados, surge para esa parte la fuente de la obligación civil de reparar los daños ocasionados con el delito, encuéntrase reunidos los presupuestos de legitimidad e interés para abordar los reparos propuestos, así:

Primer cargo:

Formulado como principal y al amparo de la causal primera acusa el demandante la sentencia recurrida de infringir indirectamente la ley sustancial por error de hecho derivado de falso juicio de identidad en la apreciación de las escrituras públicas Nos. 1423 de agosto 10 de 1995 y 4774 de diciembre 23 de 1999, así como en la valoración de los testimonios de Alfredo Tamayo Jaramillo y Diana Lucía Barrientos Gómez.

En ese orden y siendo que el yerro denunciado se constituye cuando el sentenciador distorsiona, tergiversa, cercena o adiciona el contenido material y objetivo de la prueba es claro que -como lo previene el Delegado- dicha falencia no fue cometida en este asunto.

En efecto, mediante Escritura 1423 de agosto 10 de 1995 los procesados, a través de la sociedad Novatex Ltda. constituyeron un patrimonio autónomo sobre un inmueble de su propiedad suscribiendo para ese propósito un contrato de fiducia mercantil en garantía con el Banco del Estado cuyo objeto era el de avalar a los beneficiarios el pago de las sumas de dinero que éstos le entregaren al fideicomitente directamente o por medio de terceros que el mismo indicare, sin que la expedición de certificados de garantía excediere el 60% del valor del bien fideicomitado, estipulándose además en su cláusula 19ª que “el fideicomitente no podrá ceder los derechos que tiene sobre el patrimonio autónomo, sin la aceptación previa y escrita de la fiduciaria quien se reserva el derecho de aceptar o no a el fideicomitente cesionario y a el beneficiario cesionario”.

De otra parte, en la Escritura No. 4774 de diciembre 23 de 1999 a través de la cual Novatex Ltda. cedió sus derechos sobre el inmueble sometido a fiducia, o dio en pago los

derechos fiduciarios que constan en la Escritura 1423, o transfirió todos los derechos derivados del contrato de fiducia mercantil se consideró -no se estipuló como cláusula expresa- que como tan solo se hallaba vigente un certificado de garantía por \$67.500.000, para que la cesión o dación en pago surtiera sus efectos se requería solamente la aceptación de cedente y cesionario y la notificación a la fiduciaria.

Luego si tal es el contenido material de esos documentos en dicho respecto ahora objeto de reparo por el apoderado de la parte civil, incuestionable resulta que en manera alguna fue distorsionado o tergiversado por el sentenciador, como que mientras el de primera instancia consideró: “comparte eso sí el despacho que el contrato de cesión de derechos fiduciarios entre los señores Olga Patricia Perilla Fernández y Jurgen Winzer Wellman y Carlos Alberto Robledo, fue un contrato fallido, por el no cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 19; que refería que hubiere previa aceptación de la Fiducia ... esa limitación de la cláusula 19 era ley para las partes y se debía a ella ... Es discutible en este evento si se conocía previamente el contrato de fiducia por los procesados Winzer-Perilla; conocían la existencia de la cláusula del párrafo 19; debieron haber obrado de conformidad, luego la pregunta sería ante lo evidente que se conocía el contenido de la cláusula 19, se debió de haber obrado de conformidad; pero iteramos que los procesados no son abogados y se desprende que escribieron a la fiducia, autorizando y pidiendo que se tuviere como válida la venta de sus derechos...”, el ad quem señaló: “la escritura no se pudo registrar pues faltaba autorización de la Fiduciaria del Estado según cláusula 19 del contrato de Fiducia consagrado en la escritura pública 1423 de agosto 10 de 1995... por todo los medios los denunciados acudieron a la autoridad competente para obtener la autorización...”.

Por ende es evidente que si la pluricitada cláusula 19 imponía la obtención previa de una autorización de la Fiduciaria para que la cesión cuestionada fuere válida, es indudable que ese fue el objetivo entendimiento que a la misma dieron los falladores, por eso encontraron que la consideración 7ª de la Escritura 4774 de 1999 la contrariaba,

luego mal puede argüirse ahora una distorsión o tergiversación de ellas, cuando en contrario lo que se aprecia es la estricta sujeción a su cabal contenido.

Diferente es que a pesar de dicha comprensión los juzgadores hayan considerado que no se configuraban los elementos descriptivos de la estafa o que en las condiciones dichas no se apreciaba el dolo en el comportamiento de los acusados, lo cual en frente del material probatorio recaudado se evidencia acertado.

En efecto, tratándose del contrato de fiducia en garantía que en este caso afectaba al patrimonio autónomo con el Certificado No. 001 en cuantía de \$67.500.000, como así finalmente se reconoció por el Liquidador de la Superintendencia de Sociedades en auto de calificación y graduación de créditos proferido en enero 22 de 2002 dentro del proceso de liquidación obligatoria de Novatex Ltda. y sin que de todas maneras se pudiera comprometer más allá del 60% del valor del bien sujeto a fiducia, según se estipuló en el parágrafo primero de la cláusula segunda, así como en la cláusula 9ª de la Escritura No.1423, ninguna duda existe acerca de que por lo menos, luego de cumplirse el objeto de la fiducia o de su terminación, quedaba un remanente a favor del fideicomitente equivalente al 40% del valor del inmueble, porcentaje que en este asunto ascendía a mucho más si por la Fiduciaria se hubiere aclarado, como finalmente se hizo en el trámite de liquidación obligatoria, qué certificados de garantía afectaban realmente al patrimonio autónomo.

Ese remanente, que obviamente surgía a partir de la ejecución de la fiducia o de la terminación del contrato cuando desde luego ya los derechos de los acreedores beneficiarios se habían garantizado de conformidad con la cláusula 14ª o las acreencias hubieren sido satisfechas, retornaba al fideicomitente o a quien él indicare, como que expresamente así se previó en las estipulaciones 15ª y 16ª pues por la primera se señaló que “la entrega de remanentes se efectuará una vez satisfechas todas las obligaciones garantizadas con el patrimonio autónomo”, mientras que por la segunda se expresó

que “si hubiere algún remanente, se entregará a el fideicomitente o a quien éste indique...”.

Ese remanente, como lo explican los abogados que de alguna manera tuvieron participación en los hechos investigados (José Alfredo Tamayo Jaramillo y Germán Gómez Serna) y se expresa en principio en el contrato de cesión o de dación en pago a favor - entre otros- del acá denunciante, fue el que se incluyó como objeto del convenio contenido en la Escritura 4774, objeto que no sólo resultaba lícito sino además posible de realizar en los términos en que se hizo en dicho documento, pues ciertamente y por las afectaciones que pesaban contra el patrimonio autónomo era evidente que a favor del fideicomitente resultaba un remanente que eventualmente cubriría las acreencias de los cesionarios y del cual podía disponer sin que existiere aceptación o autorización previa de la Fiduciaria pues -se reitera- en la cláusula 16ª, numeral 4º se estableció que “si hubiere algún remanente, se entregará a el fideicomitente o a quien éste indique...”, sin que para esos efectos se señalare condicionamiento alguno, que además no podía existir por tratarse de derechos que con exclusividad le pertenecían al fideicomitente luego de terminada o ejecutada la fiducia y así garantizados o satisfechos los derechos de los beneficiarios.

Acá, según se ausculta de la voluntad de los contratantes que intervinieron en el contrato de cesión o de dación en pago y se explica por los citados abogados, el propósito del convenio no era la cesión de la fiducia sino la transferencia como pago de los remanentes que resultaren a su término, lamentablemente eso no fue lo que entendió la Fiduciaria envuelta en sus propios problemas financieros y de liquidación y de esa manera truncó una negociación que era jurídica y materialmente posible y debidamente fundada.

En esas condiciones no hay elemento alguno que permita afirmar que en la cesión o dación en pago, como supuesto momento consumativo de la estafa, se desplegó un artificio o un engaño que indujera o mantuviera en error al denunciante para de ese modo

concretar el apoderamiento de la suma que años atrás se había dado en mutuo, pues -por lo analizado- sí tenían los procesados a través de la sociedad Novatex Ltda. capacidad para pagar la acreencia de aquél y desde luego podían dar en pago los remanentes sin necesidad de autorización de la Fiduciaria porque ellos podrían ser devueltos al fideicomitente o a quien éste indicare, luego contrario a lo sostenido por el censor aquí no se le hizo creer al denunciante en una capacidad de pago inexistente, ni tampoco en una cesión o dación en pago imposible, ni mucho menos en la ineficacia de una estipulación que evidentemente no operaba ni podía hacerlo entratándose de los remanentes, por eso mismo imposible resultaba predicarse el incumplimiento de la referida cláusula 19ª porque -como ya se ha dicho- ella no obraba en relación con el remanente, como que a este momento ya el contrato de fiducia se habría ejecutado o terminado o se habrían satisfecho las acreencias de los beneficiarios garantizados con el patrimonio autónomo.

Que finalmente esa cesión o dación en pago no se hubiere hecho efectiva, no lo fue por causa imputable a los procesados, sino a la demostrada desidia y desorganización de la fiduciaria quien además de no tener claridad acerca de cuáles certificados de garantía afectaban al patrimonio autónomo no acudió expeditamente a ejecutar la garantía a favor de los beneficiarios que considerara garantizados y bajo el procedimiento estipulado en la cláusula 14ª. En consecuencia, como la negociación finalmente no surtió sus efectos pero no por razones atribuibles a los acusados, es obvio que ninguna responsabilidad penal les cabe como supuestos autores del punible de estafa.

Pero aún cuando se entendiere que los sindicatos incumplían la cláusula 19ª al ceder o pagar con los remanentes, no es posible atribuir a aquéllos una conducta dolosa o un comportamiento creador de un artificio o engaño que condujere al denunciante a error y en esas condiciones concretar el apoderamiento de los dineros dados en mutuo, toda vez que de conformidad con lo probado surge evidente que el perjudicado tuvo la oportunidad de conocer y efectivamente conoció el contenido y alcance de la cláusula 19ª, tanto que

para efectos de suscribir la dación en pago en nombre propio y de los demás acreedores cesionarios contó con la asesoría del abogado José Alfredo Tamayo Jaramillo, Decano de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana y especialista en temas de fiducia.

Desde su primera ampliación de denuncia el quejoso aceptó conocer que sobre el inmueble de propiedad de Novatex Ltda. se hallaba constituido un contrato de fiducia y que copia del mismo le fue suministrada, así dijo: “Tenían constituida una fiducia con la casa de habitación de ellos, es decir ellos constituyeron la propiedad de ellos en patrimonio autónomo, si porque ellos suministraron copia de la escritura donde constaba esa fiducia, si mal no recuerdo es del año de 1995”.

Además en el convenio de cesión o de dación en pago se hizo constar en su primera y segunda consideraciones la existencia del contrato de fiducia en escritura que se identificó por su número, fecha y notaría, así como su objeto.

Y finalmente el abogado Germán Gómez Serna, acreedor cesionario quien propuso la celebración del convenio de cesión o dación en pago, es categórico en señalar que Carlos Alberto Robledo estaba suficientemente enterado del clausulado contenido en el contrato de fiducia y con él discutieron y acordaron los términos de la cesión o dación.

Luego si el denunciante estuvo en condiciones de conocer el convenio de fiducia y efectivamente lo conoció, si los procesados no callaron o escondieron su existencia y por el contrario suministraron todos los datos del que así constaba en escritura pública, si el quejoso tuvo copia de ésta y con base en ella discutió las posibilidades de elaborar con Germán Gómez la cesión, cómo podría predicarse la mediación de un ardid o engaño que lo condujeran a error?

Ese conocimiento o posibilidad real y efectiva de conocer las estipulaciones de la fiducia impiden ciertamente predicar la existencia de un artificio o engaño que lo hubieren

puesto en la creencia errada de que era posible la cesión o dación en pago, como que además de que conocía la multicitada restricción, la pretensión de los contratantes no era afectar el contrato de fiducia propiamente dicho, sino el remanente.

En conclusión, más allá de considerar con el Ministerio Público la cláusula 19ª como leonina, lo cierto es que el proceso, excepción hecha de la obtención de un provecho económico por parte de los acusados, no demostró configurados los elementos descriptivos de la estafa, especialmente el ardid o engaño y la inducción, por virtud del mismo, o el mantenimiento en error de la supuesta víctima, toda vez que -como quedó analizado- los procesados tenían capacidad de pago a través del remanente luego de ejecutada o terminada la fiducia y la cesión o dación en pago del mismo era posible sin necesidad de la aceptación previa de la Fiduciaria, o porque finalmente al supuesto perjudicado nunca se le ocultó el contenido y real alcance de la fiducia.

Por las mismas razones los yerros de valoración que se alegan en torno a los testimonios de Alfredo Tamayo Jaramillo y Diana Lucía Barrientos se evidencian -como lo sostiene el Delegado- inexistentes o por lo menos intrascendentes pues dadas la explicaciones de aquel especialista en fiducia era clara la voluntad de los contratantes en ceder no el contrato de fiducia, sino su remanente, cosa que la Fiduciaria no entendió, luego si su opinión era que el convenio resultaba viable y desconocía por ello la efectividad de la cláusula 19ª es patente que en eso no hay distorsión alguna de su material contenido en que haya podido incurrir el juzgador, sino apenas una discrepancia entre las pruebas que no se traduce en una falencia posible de atacar en esta sede.

Es que si este testigo, que asesoró al quejoso, comprendió en su especialidad que una cosa era la cesión de la fiducia y otra la del remanente o derechos del fideicomitente al término de aquella y eso mismo entendió el sentenciador para concluir en la ausencia de una conducta dolosa, es incuestionable que no hay en esa confrontación una tergiversación del contenido objetivo de la prueba, por el contrario lo que así se

demuestra es el total apego a la misma.

Ahora que el juzgador haya sostenido que la testigo Diana Lucía Barrientos Gómez confirma a Tamayo Jaramillo cuando dicha declarante sostuvo totalmente lo contrario como que ella advirtió que con la cesión de derechos fiduciarios no se estaba haciendo realmente un pago sino creando un problema mayor que condujo finalmente a que el ofendido quedara sin derechos ante la fiducia y ante la liquidación de la empresa textil, si bien no resulta acertado sí es intrascendente pues además de que tampoco ella comprendió los alcances de la cesión o dación en pago, su conclusión fue la imposibilidad de que la cesión se realizara sin el consentimiento previo de la Fiduciaria, lo cual obviamente era cierto si es que se estuviera cediendo el contrato de fiducia y no el remanente.

Que el juez haya hecho esa afirmación de concordancia sin establecer las sustanciales diferencias entre los dos testimonios y a cambio por vía del error de hecho hubiere distorsionado la de la abogada para asimilarla a la de Tamayo Jaramillo, no evidencia más allá de la constatación de dicha falencia, que ésta comporte alguna trascendencia, como que la simple afirmación de la declarante acerca de la ineficacia de la cesión y de la creación de un problema mayor no traduce la configuración del ardid que propone el censor, ni la inducción en error a que supuestamente haya sido conducido el quejoso, cuando articulando dichas afirmaciones con los demás elementos probatorios es claro que la testigo tendría razón en afirmar la relativa ineficacia de la cesión si ella se refiriere al contrato de fiducia y no al remanente como era la auscultada voluntad de las partes. No tiene por tanto la virtud este testimonio de desvirtuar los demás medios de convicción, ni el sentido del fallo, porque su objeto no concuerda con el del contrato de cesión y porque su participación en la asesoría al denunciante no fue del talante ni de la especialidad con que lo hizo Tamayo Jaramillo.

El reparo en consecuencia no prospera.

Segundo cargo:

Subsidiariamente y con sustento también en la causal primera, pero esta vez por la vía directa, acusa el demandante la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente el artículo 246 de la Ley 599 de 2000 en tanto a los elementos descriptivos de la estafa se le hacen agregados no previstos por el legislador, ni establecidos en la jurisprudencia o la doctrina como conceptos jurídico-penales válidos.

No se desconoce ni por los juzgadores de instancia y mucho menos en esta sede la posibilidad de que a través de contratos civiles con apariencia de legalidad se pueda constituir un medio artificioso que induciendo o manteniendo en error a otro permita la obtención de un provecho ilícito, por lo mismo no es absoluto que ante la mediación de un convenio de esa naturaleza se descarte la comisión del delito de estafa, por ello ha sido criterio jurisprudencial reiterado la relatividad con que el análisis en esos eventos ha de asumirse, como que en cada asunto dependerá de las diversas circunstancias establecer si el contrato aparentemente legal se convirtió o no en el medio artificioso idóneo para inducir en error y obtener el consecuente beneficio económico.

Acá el origen de la transferencia de dineros del quejoso a los acusados fue un contrato de mutuo, pero no por ello se afirma en las instancias y se ratifica en esta sede la atipicidad de la conducta, pues a ese convenio se suman otras circunstancias que todas a una permiten afirmar la ausencia de los elementos que describen el punible de estafa, lo cual no implica como lo señala erradamente el censor que a aquéllos se le estén haciendo agregados que la ley no prevé; diferente es que en la valoración de los hechos y sus circunstancias se llegue a la conclusión de que en este asunto la celebración de ese convenio de mutuo no constituyó el artificio idóneo para inducir o mantener en error al ofendido, pero no por la simple circunstancia de que se trate de un pacto civil, sino porque a su celebración concurrieron circunstancias que impiden tenerlo por tal, valga reiterar como medio artificioso: no fueron los procesados quienes solicitaron el préstamo del

dinero, la iniciativa fue del propio denunciante; cuando se celebró el convenio de mutuo, procesados y denunciante llevaban más de 7 años de estar relacionándose comercial y amistosamente; hasta septiembre 10 de 1999 por virtud de dicho contrato de mutuo se estuvieron pagando intereses al denunciante a una rata del 3.7% mensual; inicialmente el capital se avaló con una prenda sin tenencia sobre una maquinaria y luego periódica y sucesivamente se suscribieron títulos valores como garantía, los cuales se iban cambiando a medida que sus respectivas acciones caducaban o prescribían; a pesar de que para el momento de proponerse el contrato de cesión o de dación en pago las acciones cambiarias se hallaban extinguidas, los procesados hicieron todo lo posible por proteger el capital adeudado al quejoso y en ese orden ante la iniciativa de Germán Gómez Serna solicitaron la inclusión de Carlos Alberto Robledo como acreedor cesionario del remanente fiduciario; la cesión o dación en pago, para cuya celebración el ofendido tuvo la suficiente oportunidad de examinar y discutir, conocida como le era además la realidad del contrato de fiducia, tenía seria fundamentación para comprenderla viable pues, como ha quedado dicho el entendimiento de las partes era afectar el remanente del contrato de fiducia luego de que éste hubiere finalizado o se hubiere ejecutado, tal como lo explicó el abogado Gómez Serna y ratificó el especialista en fiducia Tamayo Jaramillo, fundamentación que derivaba del hecho de que el patrimonio autónomo se hallaba afectado solo por un certificado de garantía de cerca de 70 millones de pesos y de que en cualquier caso no podía afectarse por un valor superior al 60% de su avalúo, a más de que la dación en pago o cesión en esas condiciones resultaba enteramente admisible por haberse estipulado en el contrato de fiducia de manera expresa que el remanente se devolvería al fideicomitente o a quien éste indicare.

En esas condiciones, el provecho económico que obtuvieron los procesados al no pagar el dinero adeudado al denunciante no provino de haber inducido o mantenido a éste en un error a través de un medio artificioso o engañoso, sino ciertamente y como lo señalan las

instancias y avala el Ministerio Público, por el incumplimiento de un convenio de naturaleza civil en cuya celebración y ejecución no concurrieron circunstancias que permitan pensar fundadamente que él y sus consecuentes tuvieron apenas una apariencia de legalidad.

Ciertamente la mediación de un convenio civil aparentemente legal y su incumplimiento o el ofrecimiento voluntario y unilateral de crédito no descartan automáticamente o per se la comisión del punible de estafa, por eso su examen debe relativizarse y obedecer en cada caso al minucioso análisis en que ello haya ocurrido, sólo así podrá concluirse si en efecto aquéllos se constituyeron o no en medios engañosos con los que se indujo o mantuvo en error a la víctima para obtener un provecho en correlativo desmedro de su patrimonio.

Eso es lo que sucede en este asunto: acá se descarta la comisión del delito imputado por considerarse que el contrato de mutuo o el de dación en pago no constituyeron medios artificiosos para obtener el crédito o para finalmente consumir su apoderamiento con el impago, pero no simplemente porque se traten de convenios civiles, sino porque además en su celebración y ejecución concurrieron las circunstancias ya reseñadas y que analizadas en conjunto permiten afirmar no la aparente sino la verdadera legalidad de esos pactos.

No se trata por tanto de que el juzgador le esté haciendo agregados no exigidos en la norma, sino que por la valoración probatoria haya llegado a la conclusión de que los convenios civiles celebrados entre las partes no tuvieron la entidad de artificios o engaños para inducir en error al denunciante y consecuentemente que por ello no se configuró el delito de estafa, así en últimas los procesados hayan obtenido un beneficio económico por el final impago de las sumas de dinero objeto del mutuo.

Por ende, como en las condiciones dichas el desmedro producido al patrimonio del

ofendido no fue consecuencia de que se le haya inducido o mantenido en error a través del despliegue de un medio artificioso o engañoso, es evidente que tampoco este reparo puede prosperar, por eso la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Comisión de Servicio

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
PÉREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
LEMON

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN
SALAMANCA

JULIO E. SOCHA

Comisión de Servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria