

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP10525-2015

Radicado N° 45428.

Aprobado acta No. 276.

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil quince (2015).

VISTOS

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de julio de 2014, que confirmó la decisión condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado 41 Penal del Circuito adjunto de esta ciudad, el 30 de agosto de 2012, en la cual se condenó a PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, Alberto Silva Colmenares y Fabio Andrés Ortiz Ramírez, los tres primeros como coautores y el último en calidad de determinador del delito de peculado por apropiación, en la que se impuso pena de prisión de 77 meses y multa en cuantía de 10 millones de pesos, para los tres primeros, y 74 meses de prisión con multa de 10 millones de pesos, respecto del último; así mismo, se decretó, en calidad de sanción accesoria, la interdicción de derechos y funciones públicas de todos los acusados, por monto igual al de la pena aflictiva de la libertad; y se les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

HECHOS

A fin de verificar supuestas irregularidades en el Banco Caja Agraria, sede de San José de Cúcuta, la Policía Judicial, a través de la orden de trabajo 046 del 5 de agosto de 1999, adelantó diligencias que condujeron a determinar irregularidades en préstamos otorgados, directamente o como codeudor, a Fabio Andrés Ortiz, de quien se anotó en el informe, carecía de capacidad de pago.

En particular, se detallaron dos obligaciones:

1. Obligación 42.329, del 23 de julio de 1996, por la suma de \$200.000.000, a favor de Fabio Andrés Ortiz, propietario del Centro Comercial El Cuji.

1. Obligación 42.740, del 22 de enero de 1997, por la suma de \$600.000.000, otorgada al Fidecomiso CIEL Ltda, Proyecto Centro Comercial El Cuji, en el cual se reporta como codeudor a Fabio Andrés Ortiz.

El primer crédito fue aprobado por PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, en calidad de Vicepresidente de Crédito del Banco Caja Agraria; el segundo fue recomendado por este, pero aprobado por BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, Presidente nacional de la entidad crediticia.

El gerente de la sede Cúcuta del Banco Caja Agraria, Alberto Silva Colmenares, desembolsó ambos créditos, que finalmente no fueron pagados.

ACTUACIÓN PROCESAL

Conforme con misión de trabajo realizada por investigadores de la Fiscalía, el 5 de agosto de 1999, se denunciaron ante el Coordinador de la Unidad Nacional Anticorrupción, en Bogotá, las irregularidades detectadas en la Sucursal Cúcuta de la Caja Agraria, respecto de los créditos aprobados y desembolsados en julio de 1996 y enero de 1997, a favor de FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ, ya en forma directa, ora como codeudor.

A través de la Resolución 00579 del 27 de agosto de 1999, la Directora Nacional de Fiscalías asignó a la Unidad Nacional de Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Administración Pública, el conocimiento de lo denunciado en el Informe del 5 de agosto de 1999.

En consecuencia, por medio de la Resolución 000232, del 13 de septiembre de 1999, el asunto le fue asignado al Fiscal Quinto de la Unidad Nacional de Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Administración Pública, Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, en Bogotá.

El día 12 de octubre de 1999, el funcionario en cuestión abrió formal instrucción y dispuso vincular mediante indagatoria a PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ALBERTO SILVA COLMENARES y FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ.

La injurada fue rendida por PABLO RAMÍREZ, el 19 de noviembre de 1999; ALBERTO SILVA lo hizo el 17 de abril de 2002; y, similar diligencia se cubrió con FABIO ORTIZ, el 28 de julio de 2002.

En auto del 3 de junio de 2004, la Fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de los implicados y en lugar de ello precluyó a su favor la instrucción, en decisión impugnada por la representación de la parte civil. En respuesta de la apelación, el Ad quem, a través de proveído datado el 14 de febrero de 2006, revocó la preclusión.

En resolución del 19 de septiembre de 2006, el funcionario instructor dispuso vincular

mediante indagatoria, en el mismo asunto, a BENJAMÍN MEDINA, diligencia que se cumplió el 12 de octubre de 2006.

El 22 de octubre de 2007, fue cerrada la investigación. Consecuentemente, el 15 de mayo de 2008, fue calificado el mérito de la investigación con resolución de acusación en contra de PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, ALBERTO SILVA COLMENARES y FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ, los tres primeros como coautores y el último en calidad de determinador del delito de peculado por apropiación.

Algunos de los defensores solicitaron nulidad de lo actuado y otros apelaron la acusación, por virtud de lo cual, finalmente, en decisión del 31 de enero de 2011, fue confirmado el llamamiento a juicio.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso le fue repartido para adelantar la fase del juicio al Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá, el 4 de abril de 2011.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 7 de julio de 2011.

La audiencia pública de juzgamiento comenzó el 1 de septiembre de 2011 y culminó el 10 de julio de 2012.

El fallo de primer grado fue expedido el 30 de agosto de 2012 y contra el mismo sustentaron recurso de apelación los defensores de los acusados y la representación de la parte civil.

La sentencia de segunda instancia fue proferida el 15 de julio de 2014 y como quiera que confirmó en su integridad lo resuelto por el A quo, fue objeto de impugnación a través del extraordinario recurso de casación, presentado y sustentado por los defensores de todos los acusados y la representación de la parte civil.

En auto proferido el 11 de marzo de 2015, la Sala admitió las demandas presentadas a nombre de BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, excepto el cargo primero, y de PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ.

El 13 de marzo siguiente, se dio el correspondiente traslado al Procurador Delegado, quien hizo llegar su concepto el 3 de julio de 2015.

LOS CARGOS ADMITIDOS

A NOMBRE DE BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA

1. Cargo segundo

Ahora por la vía indirecta de los errores de hecho consagrados en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el recurrente advierte que se materializaron en la decisión del Tribunal vicios “evidentes y manifiestos, generados por falsos juicios de identidad de algunas pruebas y falso juicios de existencia de otras pruebas”.

En la particular forma asumida por el casacionista para desarrollar el cargo, comienza por anunciar los que dice errores de hecho cometidos por el Tribunal, consistentes en dar por probado “no estándolo”, que su representado judicial aprobó el crédito 42740, sin cumplimiento de los requisitos legales; que este mismo dispuso irregularmente de los recursos públicos de la Caja Agraria, aprobando el crédito pese a poseer una “carpeta de antecedentes del segundo crédito”, que reportaba cartera vencida y castigada respecto del favorecido con el crédito; que ese crédito también fue respaldado en una garantía fiduciaria ineficaz; que el acusado BENJAMÍN MEDINA, en cuanto Presidente de la entidad crediticia, “no verificó la capacidad y hábitos positivos del cliente”; y, que las pruebas obrantes en el proceso conducen al grado de certeza acerca de la responsabilidad de MEDINA RODRÍGUEZ.

Luego, en el acápite que rotula “identificación de las pruebas”, hace un listado de las pruebas que entiende “equivocadamente apreciadas” y otras “cuya existencia se supone”, en lo que pretende encuadrar la omisión en considerarlas del Tribunal.

A renglón seguido, se ocupa de demostrar el cargo, referenciando cada uno de los errores de hecho, que enlista uno a uno, así:

1. No está demostrado, afirma el demandante, que el crédito aprobado no reunía los requisitos exigidos para ello.

En aras de demostrar su aserto, el recurrente aborda las argumentaciones presentadas por el Tribunal y, en contraposición, asume su particular visión de lo que las pruebas arrojan, tratando de definir la diferencia entre cartera vencida y castigada, así como las características y efectos de la mora advertida en el solicitante del crédito.

Afirma, así mismo: “No se debe olvidar que el juicio de valor en torno de la responsabilidad penal de una persona debe hacerse ex ante y no ex post, porque los juicios de valor no pueden ser atemporales ni ahistóricos, y para examinar los hechos en sus justas proporciones, el juzgador debe colocarse en el momento en el que actuó el autor, es decir, ex ante.”

Respecto de la cartera castigada, dice el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta el oficio del 11 de enero de 2012, suscrito por la Directora Jurídica de DATACREDITO, en el cual se explica la diferencia entre cartera vencida y cartera castigada.

De haberlo tenido en cuenta, razona el impugnante, el Tribunal no hubiera concluido que el acusado tuvo información sobre cartera castigada y pese a ello aprobó la operación crediticia.

Además, agrega, el Tribunal tergiversó el contenido de los literales f) y g) del numeral 7° del Informativo Urgente N° 017 de 1996, pues, consideró que aprobar es lo mismo que contabilizar, desconociendo que el literal f) en mención solo limita la aprobación del crédito a los casos de cartera castigada, al paso que el literal g) impide su desembolso en caso de cartera vencida.

Como la aprobación es previa al desembolso, concluye el demandante, su representado judicial no tenía que verificar lo referido a cartera vencida.

Dice el recurrente que el Tribunal desconoció, al significar como obligación del Presidente de la entidad, verificar requisitos propios del desembolso, las normas que regulan sus funciones, establecidas en ese mismo Informativo Urgente 017, numerales 2.2. y 4.

En suma, señala el casacionista que si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores destacados, habría concluido, primero, que el solicitante no contaba con cartera vencida o castigada al momento de aprobarse su crédito, y, segundo, que así se hallase vencida la cartera, ese no era un requisito a examinar para la aprobación del crédito.

2. Dar por demostrado, no estándolo, que el Presidente de la Caja Agraria, BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, contó con una “carpeta de antecedentes del segundo crédito”, en la que se reportaba la cartera vencida y castigada del solicitante del crédito, razón suficiente para no aprobarlo.

Luego de reseñar los partes del fallo que, en sentir del demandante, contienen la afirmación antes referenciada, concluye que el Ad quem incurrió en el yerro propuesto al suponer la materialidad de una carpeta de antecedentes del segundo crédito que llegó a manos del Presidente de la Caja Agraria “cuya existencia crea el Tribunal en el expediente pero que no se encuentra en el mismo”.

Añade que nunca se ha probado la existencia de los documentos en cuestión, ni puede constatarse qué fue lo que tuvo en cuenta el acusado o si ello incluía información de cartera vencida o castigada.

Y si bien, agrega, en el expediente reposan documentos atinentes a cartera vencida y castigada “no se dice dónde fueron obtenidos y por lo tanto no se puede suponer que pertenecían a la “carpetita de antecedentes del segundo crédito”, como equivocadamente lo dice el Tribunal”.

3. Dar por demostrado, sin estarlo, que en la aprobación del crédito operó ineficaz la garantía fiduciaria.

Estima el recurrente que el Tribunal leyó equivocadamente el Manual de Crédito de la Caja Agraria, descontextualizando dos párrafos del mismo, en tanto, concluyó que la verificación de las garantías debe operar previo a la aprobación del crédito.

Esa interpretación, dice el demandante, es absurda, porque es “contrario a la lógica del orden, de registrar una garantía fiduciaria al mismo tiempo que se aprueba el crédito, porque podría llevar al absurdo de que se constituya la garantía y que después no se apruebe el crédito.”.

Advierte el demandante que el error del Tribunal, también dentro de la vía del falso juicio de identidad por cercenamiento, opera consecuencia de pasar por alto la integralidad del Informativo Urgente 17 del 26 de abril de 1996, específicamente al omitir examinar lo contemplado en el numeral 3.6 del mismo –que transcribe-, donde expresamente se exige que la constitución de la garantía opere posterior a la aprobación del crédito, e incluso prohíbe que se haga antes; y el numeral 4 –también transcrito– que impone al Director de Oficina desembolsar el crédito una vez se hayan constituido las garantías con el correspondiente registro ante la Oficina de Instrumentos Públicos, la Cámara de Comercio y Secretaría de Tránsito.

De ello se sigue, asevera el impugnante, que no era posible exigirle al acusado MEDINA RODRÍGUEZ, apenas encargado de aprobar el crédito, verificar la efectiva constitución de las garantías, en cuanto, se trata de un paso posterior al suyo.

Añade el demandante que las irregularidades u omisiones en que pudo incurrir el director de la oficina de Cúcuta, conforme su particular intervención en el desembolso del crédito, no pueden hacerse valer en contra del acusado MEDINA RODRÍGUEZ, dado que este cumplió con lo exigido por la normatividad al aprobar el crédito y las demás exigencias corrían de cargo de aquel.

A continuación, el impugnante estudia desde su óptica las normas civiles y comerciales que regulan la fiducia, para advertir que el Tribunal “incurre en un error de hecho” al examinar de manera diferente lo contemplado allí.

Luego, cita varias pruebas, que dice tergiversadas por el Tribunal al concluir en la necesidad de inscribir la fiducia en la Cámara de Comercio.

A fin de demostrar el yerro, procede a delimitar lo que en su entender contienen esas pruebas.

Concluye, finalmente, que “Si el Tribunal hubiera verificado todas las situaciones indicadas y no hubiera interpretado las normas sustantivas y procesales, incluidas las del Código de Comercio, con efectos claramente desfavorables para el procesado, hubiera concluido que la garantía fue constituida en debida forma y que por ende era eficaz.”

4. Dar por demostrado, no estándolo, que el acusado MEDINA RODRÍGUEZ, en calidad de Presidente de la entidad crediticia omitió verificar la capacidad de pago y hábitos del solicitante del crédito.

Cita el demandante un apartado del fallo donde se reseña que en atención a su condición de comerciante, el solicitante del crédito no tenía experiencia en la construcción de centros comerciales, razón por la cual, según el Manual de Crédito, debería demostrarse que contaba con apoyo confiable para dedicarse a esa labor.

Al respecto, sostiene el impugnante que el error del Tribunal, al hacer la formulación en reseña, estriba en asumir que el crédito 42740 fue otorgado a la sociedad CIEL Ltda, y no, como en verdad sucedió, al Fideicomiso CIEL Ltda, Centro Comercial el Cuji.

Añade que la conclusión del Tribunal surge consecuencia de la “desfiguración del contenido objetivo de la escritura de constitución del fideicomiso y de la carta de aprobación del crédito N° 42740...”.

Ello condujo, sostiene el recurrente, a que se considerara a la sociedad como la beneficiaria del crédito y no al fideicomiso, que para el efecto contó con una serie de bienes encaminados a garantizar las obligaciones del fideicomitente.

Entonces, advierte, no podía el Tribunal examinar la experiencia de la Sociedad Ciel, dado que ella no fue la beneficiaria del crédito.

También tergiversó el Tribunal “la situación real del crédito N° 42740”, pues, el mismo no fue solicitado o desembolsado a Fabio Ortiz Ramírez, sino al fideicomiso, figurando aquel apenas como codeudor.

El ad quem, acota “no valoró adecuadamente la carta de aprobación del crédito, el pagaré suscrito el 22 de enero de 1997 y el manual de crédito de la entidad”.

Por ello, acota “es impreciso señalar –como lo hace el Tribunal- que la existencia de un crédito anterior por \$200 millones de pesos a favor de FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ, no permitía la aprobación de una nueva operación”.

Incluso, afirma el demandante, el Tribunal “falseó el contenido de la prueba”, al desconocer que el fideicomiso contaba con bienes fideicomitidos con avalúo comercial superior a dos mil novecientos millones de pesos, suficientes para garantizar el préstamo de seiscientos millones.

Así mismo, refiere el casacionista, el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia por omisión cuando dejó de considerar la declaración de renta de FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ, correspondiente al año gravable 1995, en la cual se verifica que su patrimonio líquido para ese momento ascendía a \$576.398.000, casi el monto del préstamo.

De haber tomado en consideración este elemento de juicio engastado en la foliatura, significa el impugnante, no habría concluido el Tribunal que ORTIZ RAMÍREZ, carecía de solvencia para soportar el préstamo de seiscientos millones de pesos.

Pero además, agrega, el Ad quem tergiversó el contenido de la carta de aprobación del crédito 42329 de julio de 1996, por la suma de doscientos millones de pesos, en tanto, allí se advierte que el vencimiento opera a los doce meses, pagadero en una sola cuota. Como el préstamo se desembolsó el 23 de julio de 1996, el vencimiento operaría el 23 de julio de 1997, y no, como sostuvo el ad quem, el 23 de enero de 1997, esto es, un día después de haberse desembolsado el crédito por la suma de seiscientos millones de pesos.

De igual manera, aduce el demandante, la aprobación del crédito 42740 por seiscientos millones de pesos, fue efectuada por el acusado el 6 de diciembre de 1996, esto es, mes y medio antes del desembolso que quiere hacer coincidir el Tribunal con el vencimiento del plazo del otro crédito.

5. Dar por demostrado en grado de certeza que BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, es responsable del delito que se le atribuye.

Este punto parece ser conclusivo de los anteriores, dado que el recurrente lo utiliza para advertir que por ocasión de los errores significados en ellos, no es posible determinar con certeza la responsabilidad del acusado en el peculado que se le atribuye.

Estima el demandante que de no haberse materializado los vicios en cuestión, su representado judicial debió haber sido absuelto, cuando menos por duda.

Pide, así, que se case la sentencia en este sentido.

2. Cargo tercero

También dentro de la senda de los errores de hecho y bajo la misma dinámica del cargo anterior, en la que parte por reseñar las pruebas tergiversadas u omitidas por el Tribunal, a lo que suma los apartados del fallo que se refieren al tema, el recurrente advierte que la determinación del dolo atribuido en su actuar a BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, derivó irregular, fruto de los vicios en mención.

Para soportar el cargo, manifiesta el recurrente que el Tribunal basó el elemento cognoscitivo del dolo, en que el procesado tuvo a la vista los documentos que verifican la cartera morosa de FABIO ANDRÉS ORTIZ, su incapacidad de endeudamiento y la inidoneidad de la garantía ofrecida.

Empero, sostiene, ello derivó consecuencia de tergiversar el contenido del Informativo Urgente 017 de 1996, confundiendo cartera morosa con cartera vencida o castigada.

Luego, reitera lo dicho en el cargo anterior acerca de las exigencias para aprobar el crédito y desembolsarlo, distinguiendo que en el primer caso debe verificarse la inexistencia de cartera castigada, al tanto que el segundo reclama examinar si se halla vencida, conforme lo consigna, en el aparte tergiversado por el Tribunal, el numeral

7°, literales f) y g) del Informativo Urgente en reseña.

Entiende el demandante, además, que la mora de 30 días reportada por el CIFI, en julio de 1995, fue apenas transitoria, dado que en el reporte de agosto de 1995, no aparece el saldo en mora.

Algo similar ocurre, indica el casacionista, con el crédito del BCH calificado en “C”, pues, esa denominación no implica que la cartera se encuentre en mora o castigada, de lo que se sigue que no impide la aprobación del crédito.

De igual manera, el reporte del Banco de Bogotá, aducido por el Tribunal, no puede utilizarse para determinar responsabilidad en el acusado, dado que se generó tiempo después -6 de octubre de 1996- de que se aprobara el crédito.

En similar sentido, prosigue el demandante, el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia por omisión respecto del oficio de fecha 11 de enero de 2012, suscrito por la Directora Jurídica de DATACRÉDITO, en el cual se establece la diferencia entre cartera morosa y castigada.

De haberlo tomado en consideración, no hubiese advertido el ad quem que la mora representa cartera castigada.

Insiste el recurrente en que el Tribunal pasó por alto el Informativo Urgente 017, en cuanto determina la labor que cumple el Presidente de la entidad, de solo aprobación del crédito, frente a la que se demanda del director de oficina, que dispone el desembolso.

De haber examinado el Ad quem la prueba en su totalidad y sin tergiversación, razona el impugnante, habría concluido que el codeudor del crédito no tenía cartera castigada cuando se aprobó el mismo y que, si bien, contaba con cartera vencida, ello no impedía la aprobación en cita, sino su contabilización o desembolso.

Dice el casacionista que el elemento cognoscitivo del dolo también fue deducido por el Tribunal del hecho de no contar el codeudor del crédito por seiscientos millones de pesos, de capacidad de pago, deducido de la deuda que este tenía vigente con la misma institución por la suma de doscientos millones de pesos.

Afirma que esa deducción opera consecuencia de “un falso juicio de suposición de normas no incluidas en el Manual de Crédito vigente de la entidad, según las cuales, cuando una persona tuviere un crédito activo con la Caja Agraria, no podría servir como codeudor de otra obligación”.

De la misma forma, añade el impugnante, se “tergiversa la prueba” al tomarse en consideración un reporte de DATACRÉDITO posterior al momento de aprobación del crédito, a más que allí no se determina el monto, pudiendo ser diferente a los \$397.000, relacionados por el fallador de segundo grado.

Además, sostiene el recurrente, se pasó por alto que FABIO ANDRÉS ORTIZ, sí era solvente, conforme se demuestra con su declaración de renta de 1995, referenciada en el cargo anterior.

En tercer lugar, respecto de los factores que dice el demandante consideró el Tribunal para soportar el elemento cognoscitivo del dolo, acude a la afirmación de que el acusado aprobó el crédito a pesar de no contar con garantía idónea el deudor.

En torno del tema, repite las críticas consignadas en el cargo anterior, que remiten al momento en el cual debe constituirse la garantía y la efectividad de la fiducia, añadiendo que en atención a no tratarse de un abogado, su cliente “no podía conocer obligaciones legales diferentes que no estuvieran expresamente reguladas en el Código de Comercio o a nivel reglamentario en la Caja Agraria”.

Seguidamente, el demandante reitera su crítica del cargo anterior referida a que el

Tribunal supuso la existencia de una “carpeta de antecedentes del segundo crédito”.

Culmina sosteniendo el demandante que lo expuesto en el cargo demuestra cómo no se demostró que el conocimiento propio del dolo atribuido al acusado, fuese efectivo o actual.

Atinente al elemento volitivo del dolo, el recurrente advierte que el Tribunal lo dedujo al suponer la existencia de prueba y, en concreto “de la supuesta violación de la normatividad del Manual de Crédito de la Caja Agraria y las demás normas reglamentarias, que como se indicó en el desarrollo del elemento cognoscitivo, no fueron desconocidas por BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ”.

De no haber incurrido en los errores reseñados, señala el impugnante, el Tribunal habría asumido que no existe prueba que refiera la voluntad del procesado dirigida a obtener el resultado contrario a la ley.

3. Cargo cuarto

Ahora dentro del ámbito del cuerpo primero de la causal primera establecida en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el casacionista alega que el ad quem incurrió en violación directa de la ley sustancial, dada la indebida aplicación del artículo 29 de la Carta Política y de los artículos 36 y 133 del Decreto ley 100 de 1980, que condujo a la falta de aplicación de los artículos 37 y 137 de esta última normatividad.

Al efecto, arguye que si bien, el delito de peculado reclama la modalidad dolosa “en realidad, de los hechos, de los fundamentos probatorios y según los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en dicho fallo, se deduce la configuración de un peculado en la modalidad culposa.”

Acude el demandante, entonces, a lo referido por el Tribunal en la sentencia impugnada, particularmente, lo dicho acerca de la forma en que el acusado puso en riesgo mayor al ordinario la actividad crediticia, incumpliendo el deber de cuidado y los reglamentos, para concluir cómo la doctrina tiene establecido que la referencia al deber objetivo de cuidado dice relación con los delitos culposos.

De esta manera, señala, si el Tribunal acudió a las categorías dogmáticas del deber objetivo de cuidado, elevación del riesgo y principio de confianza, propias del delito culposo, debió condenar por esta categoría y no la dolosa.

Seguidamente, el impugnante se ocupa de demostrar que la exposición del Tribunal cubre todos los elementos propios del delito culposo, razón por la cual no debieron aplicarse los artículos 36 y 133 del Decreto Ley 100 de 1980 –que consagran la modalidad de culpabilidad dolosa y el delito de peculado por apropiación, respectivamente-, sino los artículos 37 y 137, a su vez reglamentarios de la culpa y el peculado culposo.

El error fue trascendente, alega el demandante, pues, no solo se violó el debido proceso, sino que facultó imponer una pena más alta al acusado y eliminar la posibilidad de acceder a subrogados penales.

Pide, acorde con lo anotado, casar el fallo para efectos de condenar al acusado en calidad de autor del delito de peculado culposo.

3. EN REPRESENTACIÓN DE PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ

Cargo único

Aunque el demandante dice que solo postula un cargo, por violación indirecta representada en errores de hecho, es lo cierto que subdivide la causal en varios yerros

individuales, así resumidos:

1. Falso juicio de existencia por omisión de la comunicación FIDU 412 del 1 de noviembre de 1996, dirigida por la Presidenta del Banco FIDUBANCOOP, al gerente regional de la Caja Agraria en Cúcuta, ALBERTO SILVA COLMENARES, en la cual solicita el otorgamiento de un crédito a favor del FIDEICOMISO CIEL LTDA-FIDUBANCOOP, PROYECTO CENTRO COMERCIAL EL CUJI.

Del documento en cita se extracta que la solicitante del crédito fue la Fiduciaria en cuestión y no FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ; que el Fideicomiso se constituyó con patrimonio autónomo inicial de \$2.920.000.000 y tenía como objeto la readecuación como centro comercial de un inmueble; que para la fecha de la solicitud en reseña ya se habían realizado preventas referidas al 97% de los locales, con ingreso de \$102.000.000, administrados por la Fiducia; y que la dicha fiducia sería la directa administradora de los dineros del préstamo.

Entiende el demandante que gracias al elemento de juicio en cita se advierte cómo existía un proyecto inmobiliario serio y debidamente sustentado en lo económico que adelantaba una entidad idónea vigilada por la Superintendencia Bancaria.

De paso, acota, se desvirtúa lo dicho por la funcionaria en su testimonio bajo juramento, entre otras cosas, porque afirma desconocer todo lo referido al crédito en cuestión, cuando ella misma fue quien lo solicitó e incluso suscribió el pagaré por la suma de seiscientos millones de pesos.

Esto, en sentir del demandante, desvirtúa la tesis -sostenida en los fallos- de que a FABIO ANDRÉS ORTIZ RAMÍREZ se le había hecho un préstamo por doscientos millones de pesos y sin haberlo pagado, se le otorgó otro por seiscientos millones.

Luego, pasa el casacionista a explicar la razón por la cual se concedió un primer “crédito puente” a ORTIZ RAMÍREZ, por la suma de doscientos millones de pesos, no para su beneficio personal, sino con miras a adelantar el proyecto inmobiliario, respaldado con fiducia.

De haberse tenido en cuenta el documento echado de menos, advera el impugnante, se habría tomado una decisión de fondo “que comportara la absolución del ing. PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ.”

2. Error de hecho por falso juicio de existencia por omisión del pagaré N° 510614-42740, por la suma de seiscientos millones de pesos, elaborado por la Caja Agraria sucursal Cúcuta, en el que figura como deudor el patrimonio autónomo FIDUBANCOOP PROYECTO CENTRO COMERCIAL EL CUJI, signado por Margarita María Villa Ochoa, en calidad de representante legal de FIDUBANCOOP.

La prueba en cuestión, aduce el recurrente, demuestra que el crédito fue desembolsado a FIDUBANCOOP; que debe excluirse a FABIO ORTIZ RAMÍREZ, como destinatario del mismo; y corrobora que “los presupuestos objetivos y la valoración llevada a cabo por parte de la vicepresidencia comercial de la Caja Agraria para recomendar la aprobación de dicho crédito”, atendieron siempre a la solicitud y documentos de respaldo presentados por FIDUBANCOOP.

Además, se deja en evidencia el comportamiento mendaz adoptado por María Margarita Villa, cuando en declaración jurada se dijo ajena al préstamo en cuestión.

Las demás conclusiones operan iguales a las relacionadas en el numeral anterior.

3. Error de hecho por falso juicio de existencia por omisión respecto de la rendición semestral de cuentas contenida en documento remitido el 16 de julio de 2007 al

representante legal de CIEL LTDA, FABIO ANDRÉS ORTIZ, con corte al 30 de junio de 2007, por parte de la liquidadora principal de FIDUBANCOOP.

Considera el demandante que el contenido del oficio en mención refleja cómo sí existía una garantía real e idónea -representada por un número significativo de inmuebles aportados por la sociedad fideicomitente al patrimonio autónomo- para respaldar las obligaciones crediticias adquiridas con la Caja Agraria.

Asevera el recurrente que de haberse tomado en cuenta el documento omitido “junto con las claras y precisas explicaciones dadas por el vicepresidente comercial a lo largo de sus intervenciones y las de la defensa técnica dentro del presente proceso, amén de los demás documentos aportados y que apuntan en la misma dirección...”, la decisión habría sido absolutoria.

4. Error de hecho por falso juicio de existencia por omitir examinar varios certificados de garantía fiduciaria expedidos por FIDUBANCOOP, por la suma de mil sesenta millones de pesos, que garantizan los préstamos otorgados a FABIO ORTIZ y al FIDEICOMISO CIEL LTDA, por la suma de ochocientos millones de pesos.

Esos certificados, acota el demandante, se expidieron con cargo al patrimonio autónomo que contaba con bienes inmuebles con valor comercial estimado de \$2.920.100.000.

En punto de la trascendencia de la prueba dejada de considerar por el fallador, significa el recurrente que con ello se desvirtúan las afirmaciones del ad quem referidas a la carencia de fuente de pago o respaldo del mismo.

Luego agrega que “desafortunadamente los aludidos certificados de garantía fiduciaria en relación con los cuales se realiza el análisis del presente yerro aparecen sólo tangencialmente mencionados en los fallos de instancia”, pero no se analizaron en

aras de determinar el adecuado respaldo de los préstamos.

5. Error de hecho por falso juicio de existencia por omitir el examen del Oficio FIDU-3.3.0120, del 27 de febrero de 1998, firmado por la Gerente de Operaciones y la directora de Fiducia de Garantía de FIDUBANCOOP, dirigido a la Gerente Regional Norte de Santander de la Caja Agraria, en el cual se ofrecía la dación en pago de los inmuebles con los cuales se constituyó el patrimonio autónomo.

Con ese elemento de juicio, arguye el demandante, se demuestra que sí existía una adecuada garantía para los préstamos y que efectivamente se ofreció por FIDUBANCOOP, solo que no hubo oportuna gestión para que con ella se cubriera la deuda, aunque, resalta, esa tarea no competía al acusado PABLO JOSÉ RAMÍREZ.

6. Error de hecho por falso juicio de existencia por omitir considerar la comunicación enviada el 27 de noviembre de 1996, por un Profesional Especializado de la Gerencia Nacional de Crédito de la Caja Agraria, al acusado RAMÍREZ HERNÁNDEZ.

Dice el recurrente que en la comunicación citada se advierte que la Caja Agraria conocía al detalle la forma en que se construía el centro comercial financiado con el crédito, así como la necesidad de dar a la venta los locales, ya que con ello se pagarían las obligaciones crediticias.

Agrega el casacionista que si se analiza la prueba en cita “en forma conjunta con los demás elementos de prueba que obran en autos, se pueden desvirtuar categóricamente todas las aseveraciones hechas en lo fallos de instancia en relación con la supuesta carencia de fuente de pago y falta de capacidad para el respaldo financiero de los dos créditos”.

7. Error de hecho por falso juicio de existencia por omitir examinar la certificación expedida el 26 de diciembre de 1997 por el Gerente de la Sucursal Cúcuta de la Caja

Agraria, respecto de contar en su oficina con 90 solicitudes de crédito para adquirir locales en el centro comercial El Cuji, por valor total aproximado de \$450.000.000.

Dicho documento, señala el impugnante, tiene similares efectos demostrativo al relacionado en el cargo anterior, a más de comprobar que efectivamente existía demanda por los locales y que la comercialización de los mismos era un factor incidente al momento de aprobar el crédito.

De igual manera, se reitera que con esta y otras pruebas analizadas en conjunto, se desvirtúan los presupuestos del fallo atinentes a la falta de respaldo o garantía de los créditos, obligando la absolución del procesado.

8. Error de hecho por falso juicio de existencia por dejar de considerar la comunicación dirigida el 23 de abril de 1998 por el Gerente encargado de la Sucursal Cúcuta de la Caja Agraria, a FABIO ORTIZ RAMÍREZ, dándole a conocer que los créditos individuales solicitados por las personas para adquirir locales en el centro comercial, no se desembolsarían directamente a estos, sino que aplicarían al pago de los créditos tomados por FIDUBANCOOP CIEL LTDA, ante esa entidad.

Con la prueba en mención, acota el demandante, se corroborarían todos los factores referenciados en los cargos anteriores, referidos a la real existencia de garantía efectiva y la simbiosis existente entre el crédito otorgado y la venta de locales comerciales, respaldando lo dicho al respecto por el acusado RAMÍREZ HERNÁNDEZ.

9. “Error de hecho por falso raciocinio en la valoración del “Reglamento de Atribuciones Función Crédito””

Sostiene el recurrente que la valoración efectuada por las instancias al reglamento en cuestión “quebranta los principios de la lógica y las máximas de la experiencia”

A fin de precisar el tópico, parte el demandante por explicar cuál es el contenido del medio probatorio, en particular, lo referente a las competencias que cada funcionario asume en aras de aprobar y desembolsar un crédito.

De allí extracta que la competencia para la constitución de garantías y consecuente registro, radica en el Director de Oficina, al igual que el desembolso del crédito.

Así mismo, que es necesario diferenciar aprobación, contabilización y desembolso de créditos, cada una con exigencias distintas, de manera que la primera etapa obligaba considerar que no existiera, respecto del solicitante, cartera castigada, dación en pago o remate anteriores; la contabilización no podía materializarse si existía cartera vencida, directa o indirectamente; y, el desembolso del crédito se hallaba sujeto al perfeccionamiento y registro de las garantías.

Pese a ello, determinado que tanto para la aprobación del primer crédito por doscientos millones de pesos, como en la recomendación para la aprobación del segundo, por seiscientos millones, solo era necesario verificar, conforme el Informativo Urgente N° 17, que el solicitante no tuviese cartera castigada, daciones en pago o remates de bienes, las instancias exigieron del Vicepresidente Comercial, el acusado PABLO RAMÍREZ HERNÁNDEZ, actividades ajenas a su cargo o función en los préstamos, incluso de imposible realización, en lo que toca con hacer seguimiento de los créditos otorgados a lo ancho del territorio nacional.

Advierte el impugnante, en este sentido, que a su representado judicial se le exigieron, por las instancias, obligaciones que no le competen, pues, la verificación de mora en las obligaciones del solicitante opera no para la aprobación, sino respecto de la fase de contabilización y posterior desembolso del crédito, que no le correspondía a RAMÍREZ HERNÁNDEZ.

Toma el demandante, de otro lado, un apartado del fallo de segundo grado en el cual

el Tribunal dice irrelevante para definir responsabilidades, el funcionamiento interno de la Caja Agraria, en aras de significar la sinrazón de lo afirmado, dado que precisamente la responsabilidad surge del tipo de obligación atribuible a cada funcionario y no es posible exigir, como lo intenta el ad quem, que una vez cumplida su tarea, quien aprueba el crédito verifique cumplidas las exigencias para su contabilización o desembolso.

En similar sentido, las normas de funcionamiento interno de la Caja Agraria, acota el recurrente, obligaban de las instancias superiores verificar únicamente la calidad y suficiencia de las garantías, al tanto que la constitución material y registro de las mismas se defiere “a otras instancias, ya operativas”.

No es cierto como lo dice el Tribunal, advierte el recurrente, que “el aprobador del crédito, previo a su aprobación, debía verificar que se cumplieran los requisitos en su totalidad”, entre otras razones, porque ello contraría lo establecido en el Numeral 3.6.1 del Informativo Urgente N° 17, en cuanto, expresamente consigna: “queda prohibido constituir garantías antes de obtener la aprobación del crédito respectivo”.

Asevera el impugnante que dada la complejidad de las actividades humanas, es frecuente que muchas personas intervengan en ellas, lo que obliga división de funciones. Entonces, añade “constituye un quebrantamiento a la sana crítica, en la modalidad de desconocimiento de un postulado lógico, reconocer la existencia y validez de tal distribución de trabajo y, sin embargo, reprochar a determinado concurrente por el incumplimiento de actividades que –se sabe de antemano y se acepta que- no son las que le competen.”

En punto de trascendencia del yerro, destaca el impugnante que de haberse tomado en consideración el reglamento y las funciones asignadas al Vicepresidente Comercial, necesariamente habría devenido absolutorio el fallo, pues, se verifica que siempre actuó apegado a los mismos.

10. “Error de hecho por falso raciocinio, al concluir que se trató de un comportamiento doloso”

Asevera el demandante que la conclusión del Tribunal referida a que el acusado PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, actuó con conciencia de antijuridicidad y con intención de que el particular se apropiara de los recursos públicos, es errada, dado que la valoración de los medios de prueba “a la luz de los principios de la lógica, del sentido común y de las máximas de la experiencia no autorizan tal conclusión”.

En lo fundamental, el recurrente reitera los argumentos plasmados en el cargo anterior respecto de los reglamentos que signan la función de todos quienes intervinieron en la aprobación, contabilización y desembolso de los créditos, aunque la regla de la lógica aquí construida opera bajo la fórmula “no se puede querer lo que no se conoce”, remitida en concreto a que el procesado no tuvo conocimiento y voluntad, en cuanto, elementos indispensables para perfeccionar el dolo.

Ello, agrega, porque los elementos de juicio con los que contaba para aprobar o recomendar aprobar los créditos, le impedían conocer que ellos no serían pagados, y tampoco dispuso de su voluntad para que ello ocurriera.

Y, afirma el recurrente, si la deducción del dolo se hace consistir apenas en que los créditos no fueron pagados, ello corresponde a un tipo de responsabilidad objetiva proscrito en nuestro ordenamiento penal.

No debió haber tenido lugar la imputación penal, concluye el impugnante, motivo para deprecar que se corrija el yerro y sea declarada la inocencia del acusado.

11. “Error de hecho por falso raciocinio al negar la aplicación del principio de confianza”

Advera el demandante que el ad quem valoró indebidamente el Reglamento de Atribuciones de Crédito, como en los cargos anteriores lo hizo ver, y ello condujo a omitir tomar en consideración el principio de confianza, con violación de “la lógica, de las máximas de la experiencia y, sobre todo del sentido común”.

Luego de citar apartados jurisprudenciales de la Corte que delimitan el principio de confianza, de nuevo remite al Informativo Urgente 17 y a lo que de él concluyó el Tribunal, para derivar así que el fallador de segundo grado no reconoció en esa normatividad el fundamento que faculta acudir aquí al principio de confianza, en el entendido que, cubierta su obligación en la aprobación del crédito, no le era ni jurídica ni humanamente posible al Vicepresidente Comercial de la entidad, verificar que los otros funcionarios cumplieran con su particular tarea.

Respecto del postulado lógico violado, transcribe íntegramente lo reseñado en el cargo nueve, atrás resumido, añadiendo que en razón a cumplir cabalmente con lo a él encomendado, tiene derecho RAMÍREZ HERNÁNDEZ a invocar en su favor el principio de confianza, como así debe declararlo la Corte a través de la correspondiente absolución.

Concepto del Ministerio Público

Luego de resumir los hechos y el decurso procesal, así como los cargos admitidos por la Corte, la representación del Ministerio Público examina de forma conjunta los mismos, dada su identidad fáctica y jurídica, para concluir que, en efecto, asiste la razón a los demandantes.

En aras de precisar su concepto, el Procurador Delegado analiza varios aspectos puntuales, del siguiente tenor:

-Aciertan los demandantes cuando advierten que el Tribunal confundió los conceptos de cartera vencida y cartera castigada, pues, la primera obedece a mora entre 30 y 120

días, al tanto que la segunda se remite a un plazo superior a este último, dentro del concepto de deuda irrecuperable.

El error del Ad quem estriba en que estimó al deudor Fabio Andrés Ortiz, incurso en la calidad de cartera castigada, cuando apenas reportaba cartera vencida, lo que lo habilitaba para recibir los créditos objeto de controversia.

Además, el Tribunal pasó por alto que el reporte de cartera castigada -mayo de 1998- operó cuando ya había sido aprobado el crédito por la suma de seiscientos millones de pesos -6 de diciembre de 1996-, lo que conduce a concluir que para este momento el cliente no se hallaba incurso en la prohibición establecida en el numeral 7°, literales f y g, del Informativo Urgente 17 de 1996, que impide otorgar el crédito a quienes cuentan con cartera castigada o cancelaron sus obligaciones con dación en pago o remate de bienes.

-Es cierto, como asumen los demandantes, que la obligación de pagar la primera cuota de intereses respecto del crédito por doscientos millones de pesos otorgado inicialmente a Fabio Andrés Ortiz, se generaba el 23 de enero de 1997, esto es, un día después de haber sido aprobado el crédito por la suma de seiscientos millones de pesos, de lo cual se sigue que al no existir posibilidad de mora respecto del primer desembolso, no había razón para abstenerse de aprobar el segundo, contrario a lo sostenido por el ad quem.

-No existía, como lo sostienen los recurrentes, mora en la obligación crediticia adquirida por Ortiz Ramírez con el BCH, pues, si bien, en la CIFIN se reportó con calificación c este crédito -esto es, con mora de al menos 60 días-, el banco en cuestión expidió certificación datada el 15 de julio de 1996, en la que señaló que el deudor se hallaba al día en el pago de las cuotas de amortización del crédito.

Es, además, contradictorio que el fallo de segunda instancia advierta al día al deudor,

en lo que a este crédito corresponde, pero a la vez se deduzca responsabilidad en su contra por la inexistente mora.

-No es posible atribuir responsabilidad a los acusados por los reportes de cartera castigada referenciados por Datacrédito -6 de octubre de 2006-, Davivienda -agosto de 2006-, Credencial -mayo de 1998-, Banco de Bogotá -septiembre de 2006- y Banco del Estado -julio de 2006-, por la indiscutible razón que son posteriores a la aprobación de los créditos y no pudieron ser conocidos por ellos.

-El Tribunal, tal cual sostienen los impugnantes, confundió los conceptos de aprobación y contabilización de créditos -esta última a cargo del Director de la Oficina donde se tramitó la solicitud-, pues, el segundo ocurre con mucha posterioridad al primero y remite al efectivo desembolso del préstamo.

La cartera castigada, se agrega, impide la aprobación del crédito, pero esa circunstancia no se había reportado existir cuando fueron aprobados, por los acusados BENJAMÍN MEDINA y PABLO JOSÉ RAMÍREZ, los préstamos por las sumas de doscientos y seiscientos millones de pesos en favor de Fabio Ortiz y la Fiduciaria El Cuji, respectivamente.

-Asiste también la razón a los demandantes, cuando significan que el Tribunal supuso, sin prueba de respaldo, que el procesado BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, contaba con una carpeta de antecedentes en la cual se reportaba, para el segundo crédito, que el codeudor contaba con cartera vencida y castigada.

Dado que al expediente jamás se anexó este documento o carpeta, no era posible asumir su existencia por el ad quem.

-Es verdad, como lo afirmaron los casacionistas, que el registro de la garantía fiduciaria no podía operar previo o simultáneo a la aprobación del crédito, dado que se hace necesaria la efectiva contabilización (desembolso) del mismo, para evitar que,

eventualmente, se afecte el derecho de dominio de manera innecesaria si el crédito no se desembolsa.

Ello precisamente es lo que consagra el numeral 3.6 del Informativo Urgente N° 17 del 26 de abril de 1996, desconocido por el Tribunal, en cuanto, prohíbe expresamente constituir la garantía antes de la aprobación del crédito.

Tampoco, agrega el concepto, correspondía a la función del Presidente de la entidad o del Vicepresidente Comercial, verificar la constitución de la garantía, dado que tal tarea es asignada directamente al Director de la oficina de Cúcuta –primero verifica que las garantías ofrecidas no tengan impedimento y después de la aprobación, su efectiva constitución-, acorde con el numeral 1.1 del Informativo Urgente en referencia.

-No es acertado señalar, como lo hizo el Tribunal, que la fiducia no fue constituida legalmente, como quiera que a través de la Escritura Pública N° 1722 del 28 de abril de 1996, suscrita en la Notaría 5 de Cúcuta, ello ocurrió, sin que, para la época, se exigieran otros requisitos diferentes al establecido en el artículo 1228 del Código de Comercio y verificado que respecto de cada bien inmueble constitutivo del dicho fideicomiso, se registró este.

La exigencia de inscribir en el Registro Mercantil el contrato de fiducia solo fue impuesta en la Ley 1116 de 2006 y el Decreto 2785 de 2008, que reglamenta la anterior, esto es, con mucha posterioridad a lo que aquí se examina.

Junto con lo anotado, se añade por la Delegada, no es cierto, tal cual manifiesta el Tribunal, que la ausencia de Registro Mercantil afecte la eficacia de la garantía constituida a través de escritura pública, pues, de tanto valor se erigía esta que permitió adelantar el proceso ejecutivo en el que se libró mandamiento de pago sin jamás cuestionarse la validez del documento soporte.

Aclara el Ministerio Público que el solicitante del crédito lo fue el Fideicomiso CIEL Ltda., Proyecto Centro Comercial El Cuji, y no el fideicomitente Ciel Ltda, asunto que al parecer confundió al ad quem y lo llevó a exigir el Registro Mercantil.

Advierte, así mismo, que el certificado fiduciario N°001599 del 123 de enero de 1997, emitido por FIDUBANCOOP, es el que consolida la garantía -no, como lo entiende el Tribunal, el contrato de fiducia-, pero dicho documento no podía ser conocido previamente por los acusados MEDINA RODRÍGUEZ y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, dado que la aprobación del crédito 42740, por seiscientos millones de pesos, operó antes, el 6 de diciembre de 1996.

-En torno de la afirmación del Tribunal atinente a que los acusados dejaron de verificar la muy poca capacidad de pago del cliente de los préstamos, la Procuraduría Delegada destaca que el Ad quem se remitió apenas a la razón social de la empresa CIEL -venta de artículos eléctricos, servicio de aparcadero y venta de misceláneos-, pasando por alto que el préstamo de seiscientos millones de pesos no se realizó a dicha empresa, sino al Fideicomiso Ciel Ltda Proyecto Centro Comercial El Cuji, administrado por FIDUBANCOOP, que recibió varios inmuebles para garantizar con su administración las obligaciones presentes y futuros del fideicomitente.

Desconoció el Tribunal, se añade, que la entidad administradora de los bienes expidió tres certificados de garantía fiduciaria a favor de la Caja Agraria, por valores superiores a cada uno de los préstamos otorgados a Fabio Andrés Ortiz o al fideicomiso. Todo ello, se aclara, contando con el respaldo que ofrecía un patrimonio bruto estimado en \$2.920.100.000oo.

Ello desvirtúa que los deudores no contasen con capacidad de pago o que las garantías entregadas fuesen ineficaces.

-No era impedimento para la concesión del segundo préstamo, por la suma de

seiscientos millones de pesos, que allí figurase como codeudor Fabio Ortiz Ramírez, en tanto, este solo asumió allí la calidad de deudor solidario, dado que, como lo demuestran los documentos, la obligación fue adquirida por el Fideicomiso CIEL Ltda -Proyecto Centro Comercial El Cuji-, al punto que el pagaré elaborado para soportar el préstamo, fue firmado por Margarita María Villa Ochoa, en calidad de representante legal de FIDUBANCOOP y vocera del patrimonio autónomo, y la garantía representada en el certificado fiduciaria era superior al monto del préstamo, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3.19 del Reglamento de Crédito.

Pero, además, añade el Ministerio Público, no es verdad, conforme se lee en el fallo de segundo grado, que Fabio Andrés Ortiz careciera de solvencia económica, pues, en la declaración de renta presentada en el año 1996, se verifica contar con un patrimonio líquido de \$576.398.000.

De igual manera, en el expediente reposa, desconocido por el ad quem, oficio suscrito por el presidente de FUNDACoop, de fecha 1 de noviembre de 1996, en el cual verifica que para ese momento ha sido puesto en preventa el 97% de los 631 locales del centro comercial, recaudándose por ese concepto \$102.000.000.

Ello demuestra la seriedad del negocio apalancado con los créditos, ratificada con la comunicación enviada por Rodrigo Almeida, profesional adscrito a la Gerencia Nacional de la Caja Agraria, en la cual se planteó la posibilidad de abrir una línea de crédito a los compradores de locales comerciales, para financiar la adquisición.

En similar sentido, el Gerente de la Sucursal Cúcuta de la Caja Agraria, Jorge Enrique Arenas, en documento omitido por el Tribunal, hizo constar que existían en dicha oficina, para diciembre de 1997, 90 solicitudes de crédito para la adquisición de locales en el proyecto El Cuji, por valor aproximado de \$450.000.000.

Ignoró el fallador de segundo grado, también, que una vez cesados los pagos y

fracasadas las posturas de venta publicadas en diarios de circulación nacional, la gerente de Operaciones y la Directora de Fiducia de Garantía de FIDUBANCOOP, dirigieron el oficio FIDU-3.3.0120, del 27 de febrero de 1998, a la Gerente Regional Norte de Santander de la Caja Agraria, en la que ofrecían a la entidad bancaria la entrega, como dación en pago, de algunos inmuebles integrados al patrimonio autónomo, con lo que se demuestra que sí existía capacidad de pago y garantía sólida.

Entiende la delegada de la Procuraduría, que los vicios advertidos en la decisión del Tribunal resultaron trascendentes en el cometido de condenar a BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, razón por la cual solicita de la Corte revocar dicha decisión y reemplazarla por fallo absolutorio.

En un acápite subsecuente, la representación del Ministerio Público verifica que los cargos referidos a la determinación del dolo en el actuar de los acusados MEDINA RODRÍGUEZ y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, guarda estrecha relación con los analizados en precedencia.

Consecuentemente, luego de relacionar nuevamente los documentos y normas dejados de considerar o tergiversados en su contenido por el Tribunal, señala la Delegada que efectivamente los acusados verificaron cubiertos los requisitos exigidos para aprobar los créditos, conforme su particular, específica y compartimentada intervención, reglada, en todo el trámite.

Pide, entonces, que se determine la prosperidad de este cargo.

A renglón seguido, asume la Procuradora el examen del cargo cuarto postulado en favor de BENJAMÍN MEDINA, a efectos de significar que no asiste la razón al demandante cuando significa que lo ocurrido debe atribuirse al procesado a título de peculado culposos.

Ello, en sentir de la representación del órgano de control, porque el acusado actuó conforme a derecho, en respeto de las normas que regulan la aprobación del crédito, en comportamiento que no puede significarse omisivo o negligente.

Entiende necesario precisar, además, que en sí misma la actividad crediticia debe asumirse riesgosa, sin que pueda atribuirse responsabilidad penal por el solo incumplimiento de la obligación a cargo del beneficiario del crédito. Máxime que cada uno de quienes intervienen en el trámite del préstamo lo hace amparado en el principio de confianza, por cuya virtud, si actúan conforme a la ley y los reglamentos, deben esperar que los demás lo hagan de la misma forma.

Solicita la Procuradora, acorde con lo anotado, que se case parcialmente la sentencia a efectos de dictar fallo de reemplazo en el cual se absuelva a BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ y PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, del cargo de peculado por el cual fueron acusados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde ya la Corte anuncia que los cargos presentados por la defensa de los acusados RAMÍREZ HERNÁNDEZ y MEDINA RODRÍGUEZ, conforme la admisión que se hizo de las demandas, tienen vocación de prosperar, pues, efectivamente se demuestran los errores en que incurrió el Tribunal y ello se representa trascendente, como lo significa en su concepto la Procuradora, al punto de obligar revocar la condena.

Dado que los cargos planteados por el defensor de BENJAMÍN MEDINA, coinciden con la postulación general que en el único cargo hizo el defensor de RAMÍREZ HERNÁNDEZ, la Sala tomara como base de evaluación los primeros y, en lo necesario, acudirá al segundo.

Ahora, como el demandante inserta en un mismo cargo asuntos distintos, o mejor, diferentes errores, la Sala, para mayor comprensión metodológica, tomará en

consideración cada tema objeto de controversia.

a) El Tribunal desconoció los requisitos contemplados en el Informativo Urgente N° 17, así como la diferencia entre cartera castigada y cartera vencida, en omisión de lo que al respecto especificó la directora jurídica de DATACRÉDITO en oficio del 11 de enero de 2012

Aunque el Ad quem se refiere expresamente, en su decisión, a la cartera vencida, entiende que esta constituía impedimento, no solo para desembolsar el crédito, sino respecto de su aprobación.

Es por ello que sostiene:

“A pesar de saber que el beneficiario de los créditos tenía una cartera vencida, los aprobaron y desembolsaron, siendo conscientes que de ese modo incrementaban indebidamente el riesgo que esto le generaría al banco de que el valor del crédito no retornara, como ocurrió efectivamente.

(...)

Es cierto que la contabilización de los dos créditos la hacía el Gerente de la Sucursal de Cúcuta, ALBERTO SILVA, pero también lo es que ésta era una gestión posterior a la aprobación del crédito, debiendo el vicepresidente comercial, al verificar que el cliente no cumplía los requisitos, no aprobarlo”.

Con lo anotado, conforme lo advierten los demandantes y el Ministerio Público, el Tribunal no solo desconoció la diferencia entre cartera vencida y castigada, sino las normas que al interior del Banco Agrario regulaban el trámite del crédito y, en especial,

la intervención compartimentada de varios funcionarios en ello.

No es cierto, al efecto, que la existencia de cartera vencida obligara, cual supone el ad quem, a improbar la solicitud de crédito, ora por recomendación del Vicepresidente Comercial, ya por decisión a cargo del Presidente dela entidad.

Las normas que regulaban la actividad financiera en el Banco Agrario permitían, sin ambages, que al cliente con cartera vencida le fuese aprobado el crédito, solo que debía ponerse a paz y salvo antes del desembolso del mismo.

Eso sí, en los casos de cartera castigada se obligaba la improbación.

En la certificación enviada por la Dirección jurídica de Datacrédito al juzgado instructor¹, esto se anotó:

“Por su parte, es de aclarar, que una mora de 30 días no es equivalente a una “cartera castigada”. Estos conceptos corresponden a la manera como las Fuentes (entidades con las cuales los ciudadanos establecen relaciones de crédito) clasifican la antigüedad de su cartera; usualmente lo hacen por meses, iniciando en 30 días, luego 60 días, 90 días, 120 días y posteriormente “cartera castigada” cuando al entidad que ha otorgado el crédito decide que la deuda es irrecuperable y así lo reconoce en los términos y condiciones establecidos por el Código de Comercio para el castigo de cartera”.

A su turno, el Informativo Urgente 017 de 19962, que contiene el “REGLAMENTO DE ATRIBUCIONES FUNCION CREDITO”, detalla los niveles de intervención de los funcionarios en el trámite del crédito, con fines de descentralización, como se indica en el proemio.

A este efecto, el numeral 1,1, consagra:

“1.1. DESCENTRALIZACIÓN.

Como principio fundamental para el adecuado funcionamiento de la CAJA, todos los niveles que desarrollen actividades de colocación de crédito deben hacerlo con responsabilidad y contando previamente con las atribuciones para el desarrollo de la función”.

En aras de efectivizar el cometido descentralizador, no solo se faculta la posibilidad de delegación, sino que en el numeral 1.3, son fijados niveles de intervención de los distintos funcionarios, nacionales, regionales o locales, para la aprobación del préstamo, conforme su cuantía.

Pero, además, se advierte: “1.5. EXCESOS EN LAS ATRIBUCIONES. Excederse en las atribuciones asignadas o delegadas, constituye causal de mala conducta; los funcionarios responsables de ésta conducta se harán acreedores a las sanciones administrativas, judiciales y pecuniarias a que haya lugar por estos actos”.

El numeral 2, detalla los organismos y funcionarios con “atribuciones para el otorgamiento de crédito”, relacionándolos en orden descendente, así:

- Junta directiva

- Comité Nacional de Crédito

- Presidente

- Vicepresidente Comercial

- Vicepresidente de crédito y cartera

- Gerentes Regionales

-Gerentes Zonales

-Directores de oficina

Ello, se acota, conforme el anexo 1, en el que se determinan los montos a partir de los cuales se faculta la intervención de cada funcionario o cuerpo colegiado, en el trámite de aprobación del crédito.

Ahora, en los casos en que la aprobación del crédito supera los montos que radican la actividad en el Director de Oficina, de todas maneras este adelanta la tarea de verificación de la solicitud y sus anexos, y solo envía a la instancia superior cuando los advierte cumplidos.

Así expresamente lo contempla el numeral 2.7, cuando, entre otras funciones atribuidas al Director de Oficina, estatuye: “Evaluar y recomendar, incluyendo las garantías que las respalden, las solicitudes que sean de competencia de las instancias superiores”.

Precisamente, respecto de las garantías, el numeral 3.5, define cómo se realiza el trámite y atribuye al Director de Oficina la tarea de designar un ente o persona encargado de efectuar el avalúo de la garantía.

El numeral 6 del Informativo en cita, define el trámite de las solicitudes de crédito. Respecto de la intervención del Director de Oficina, refiere:

“a) El Director de la Oficina recibe la solicitud del cliente, verifica que los documentos necesarios estén completos y evalúa la operación; si no es aprobada le informa al cliente y devuelve la documentación. Si se considera viable y el monto solicitado está dentro de sus atribuciones, aprueba la operación.

(...)

b) Cuando la solicitud excede las atribuciones del Director éste realiza la evaluación y con su concepto sustentado y recomendación, la remite a la Gerencia zonal correspondiente, acompañada de los documentos necesarios para análisis.”

Muy especialmente, para lo que se debate aquí, es necesario destacar el contenido del acápite de normas generales atinente a cartera vencida, cartera castigada y verificación de garantías:

“f) No se aprobarán créditos, si el cliente presenta cartera castigada o si hubiere pagado sus obligaciones por la vía de la dación en pago o remate de bienes.

g) No se contabilizarán créditos, si el cliente presenta cartera vencida directa o indirectamente.

h) No se desembolsarán créditos, sin el perfeccionamiento y registro de las garantías”.

Importa destacar, aquí, que la tarea de contabilizar o desembolsar es diferente de la de aprobación del crédito y corresponde exclusivamente al director de la oficina, como así lo determina el manual en examen, corroborado con lo explicado al respecto por los acusados en sus indagatorias.

Desde luego, cabe relevar, si en dos acápites distintos se señalan efectos diversos respecto de los momentos en que se presentan los fenómenos, para la cartera castigada y la vencida, es precisamente porque entre ellas media una diferencia sustancial.

Entonces, resulta claro que si el cliente registra cartera castigada (más de 120 días

de vencimiento del plazo e imposibilidad de recaudo), no es posible que pueda acceder a la aprobación del préstamo, conforme expresamente lo detalla el literal f) del numeral 7 del Informativo Urgente.

En contrario, sí es factible que el cliente con cartera vencida obtenga la aprobación del crédito, solo que debe haber cubierto la deuda para el momento de la contabilización o desembolso del mismo, asunto que compete verificar exclusivamente al Director de Oficina, pues, si no sucede así, no se permite dicha contabilización, a voces del literal g) del numeral 7 de la norma en comento.

De igual manera, el perfeccionamiento y registro de las garantías compete verificarlo únicamente al Director de Oficina, como lo indica el literal h) arriba reseñado, pues, ello se ofrece necesario, no para la aprobación, sino en el cometido de obtener el desembolso del crédito.

Así se reitera en el numeral 4 del Informativo examinado, en tanto, dispone que “El Director de la oficina ordenará efectuar el desembolso del crédito aprobado, siempre que se hayan constituido adecuadamente las garantías y se efectúe el registro de éstas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, Cámara de Comercio, o Secretaría de Tránsito y Transporte de la jurisdicción.”

No es posible, por ello, que en el trámite de aprobación del crédito, o mejor, como requisito para esta, se exija la previa constitución y registro de la garantía. Incluso, de manera perentoria se prohíbe que así suceda en el numeral 3.6, de esta manera redactado:

“CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA.

El Director de la oficina ordenará constituir la garantía cuando la solicitud sea aprobada por quien tenga la atribución del caso. Por tanto, queda prohibido constituir garantías

antes de obtener la aprobación del crédito respectivo”.

Ha sido necesario transcribir los amplios apartes del Informativo Urgente 017, no solo porque allí se condensan las facultades y deberes de los acusados adscritos a la Caja Agraria, detallándose sus funciones y el trámite que debe seguir la solicitud de crédito, sino en atención a que fue precisamente en atención a ignorar su contenido o tergiversarlo, en ostensibles errores de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento y tergiversación, que el Tribunal llegó a la definición de responsabilidad penal en contra de BENJAMÍN MEDINA y PABLO JOSÉ RAMÍREZ.

En este sentido, para comenzar con los errores evidentes consignados en el fallo atacado, cabe destacar la manera en que se afirma, pasando por alto la diferencia entre cartera vencida y castigada, así como los literales f) y g) del numeral 7 del Informativo, que todos los funcionarios, esto es, el Director de Oficina, el Vicepresidente Comercial y el Presidente “A pesar de saber que el beneficiario de los créditos tenía una cartera vencida, los aprobaron y desembolsaron, siendo conscientes que de este modo incrementaban indebidamente el riesgo que esto le generaría al banco...”

Como aprobar y desembolsar no corresponden a la misma actividad ni, en este caso, se reputan actividades a cargo del mismo funcionario; y, así mismo, la condición de cartera vencida solo se reputa impeditiva del desembolso, por las mismas razones que aduce el Ad quem, inconcuso se advierte el error en que incurre el Tribunal al asimilarlas como una sola acción, o determinar que cabe responsabilidad a todos los involucrados, por ellas.

Ello obedece a pasar por alto el contenido expreso de las normas consignadas en el Informativo, a partir de las cuales se determina que los acusados MEDINA Y RAMÍREZ, de ninguna manera pueden ser responsables de que se hubiese desembolsado el crédito -si ello efectivamente sucedió- hallándose con cartera

vencida el cliente, en tanto, se reitera, lo obligado examinar por ellos, a efectos de la aprobación, es que el solicitante no tuviese cartera castigada, asunto que jamás ha insinuado el fallador, a no ser porque en algunas líneas de la sentencia impugnada advierte, sin sentido claro respecto a la incriminación, que después de desembolsado el último crédito, el cliente registró cartera castigada, evento ex post que, por obvias razones, ninguna incidencia tiene en lo examinado.

No se entiende, acorde con lo dicho, por qué el ad quem, a pesar de aceptar que la contabilización del crédito corresponde a las funciones del Director de Oficina, a renglón seguido añade: “que esta era una gestión posterior a la aprobación del crédito, debiendo el vicepresidente comercial, al verificar que el cliente no cumplía los requisitos, no aprobarlo”.

Huelga anotar que el Tribunal yerra, desconociendo lo contemplado en el Informativo Urgente, cuando señala que el cliente no cubría los requisitos legales por contar con cartera vencida para el momento de la aprobación del crédito.

Y, si es claro que el trámite de la solicitud permitía al cliente pagar la cartera vencida antes de que se contabilizara el crédito, mal podía el funcionario encargado de la aprobación negarla sin conocer si el hecho condicional futuro se materializaría o no.

En similar sentido, refiriéndose a la responsabilidad de BENJAMÍN MEDINA por el crédito de seiscientos millones aprobado, el Ad quem sostuvo:

“En la aprobación del crédito 42.740 por \$ 600.000.000, a través del reporte de la CIFIN el presidente BENJAMÍN MEDINA conocía la falta de requisitos del codeudor y así aprobó el crédito, incumpliendo el informativo urgente 017, que prohibía contabilizar créditos a clientes que presentaran cartera vencida”.

Ostensible se alza que el Ad quem realizó una lectura sesgada del Informativo

Urgente 017, o cuando menos que tergiversó su contenido -cubriendo objetivo el error de hecho por falso juicio de identidad-, pues, precisamente esta normatividad le permitía advertir que la contabilización del crédito operaba posterior a la aprobación, por funcionario diferente; y que, además, la exigencia de paz y salvo por cartera vencida era menester cubrirla para obtener la contabilización, pero no previo a la aprobación.

El yerro del Ad quem se manifestó trascendente para la decisión, en tanto, por virtud de su lectura parcial o tergiversada de las normas regulatorias el crédito, vinculó con similares deberes y facultades a todos los funcionarios adscritos a la Caja Agraria, derivando de esa confusión la responsabilidad general por todo lo tramitado.

b) El Ad quem desconoció pruebas pertinentes que demuestran suficiente la garantía del cliente, para soportar ambos préstamos

El fallador colegiado estimó que los acusados BENJAMÍN MEDINA y PABLO RAMÍREZ, incumplieron su obligación de verificación de requisitos para aprobación de los créditos, pues, en lo que toca con el segundo por seiscientos millones de pesos, no tuvieron en cuenta que ya se había hecho un préstamo por la suma de doscientos millones de pesos al cliente y que en ambos casos se presentó la misma garantía.

Para el efecto, estableció que:

-Fabio Ortiz (cliente) no contaba con suficientes ingresos para merecer el crédito, pues, uno de los certificados de ingresos lo significaba percibiendo mensualmente seis millones de pesos, y el otro, un millón doscientos mil pesos.

Considera, así, respecto del primer crédito "...si no se cobraran intereses, para el retorno del crédito era necesario que el cliente acreditara ingresos mensuales superiores a \$32.000.000, para que pudiera destinar al servicio del crédito solo por concepto de capital \$16.666.666 mensuales."

Además, advirtió que los acusados no tuvieron en cuenta que el objeto de la Sociedad CIEL Ltda, beneficiaria del segundo crédito, por seiscientos millones de pesos, se limitaba a compra y venta de artículos eléctricos, aparcadero, arrendamientos y venta al detal de electrodomésticos, ropa, zapatos y misceláneas.

Dado que el beneficiario del crédito, razona el Tribunal, no tenía experiencia en construcción de centros comerciales, debía verificarse que “disponía de un apoyo confiable para desarrollar correctamente tal actividad”, como lo exigía el Manual de Crédito.

El fallador ad quem desconoció, para realizar estas afirmaciones, pruebas testimoniales y documentales que verifican suficiente la garantía ofrecida en ambos créditos, así se tratase de la misma fiducia.

Al respecto, en la diligencia de indagatoria sostuvo PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, que ambos créditos se otorgaron con un fin específico, la construcción del centro comercial El Cuji, pero que el primero fue expedido a favor, directamente, del propietario del lote, al tanto que el segundo operó respecto del fideicomiso Fidubancoop-Ciel –no directamente a favor de la empresa Ciel, como lo señala el Tribunal para dudar de su experiencia o capacidad económica-.

Añadió el procesado, que precisamente por tratarse de un patrimonio autónomo el ligado a la fiducia –el lote y los locales-, se cubrían con creces las obligaciones referenciadas en todos los créditos, si se tiene en cuenta que el valor inicial del mismo se avaluó en la suma de \$2.920.000.000, de los cuales podía emitir certificados de garantía la fiduciaria, hasta por el 70%.

Explicó, así mismo, que la fiducia se justifica en la medida que los bienes adscritos a la misma, en tratándose de inmuebles, no se encuentran atados individualmente, en garantía, a determinado crédito, sino que en atención al valor total del patrimonio, se expiden

certificados fiduciarios hasta un monto que no cubra totalmente esta suma (en el caso examinado, setecientos millones de pesos).

Las afirmaciones del acusado fueron corroboradas no solo con el contenido mismo de los documentos fiduciarios, en los cuales se especifica su naturaleza y el monto del patrimonio autónomo, sino por los testimonios de Margarita María Villa Ochoa y Sigifredo Ardila Peña, que obvió examinar el ad quem por considerar que nada aportaban al objeto de investigación.

Empero la omisión del fallador -claramente constitutiva de un falso juicio de existencia- se ofrece trascendente precisamente porque los declarantes en cita verifican la efectiva garantía representada por el patrimonio autónomo que constituye la fiducia, desnaturalizando las afirmaciones que en contrario, sin mayores elementos de juicio, realiza el juez colegiado.

En este sentido, ambos declarantes ratifican que el patrimonio autónomo se erige en dueño de los bienes que lo constituyen y es administrado por la entidad fiduciaria, que expide certificados fiduciarios para garantizar los préstamos, siempre contando con el respaldo de esos bienes, al punto que, incluso, el beneficiario puede solicitar la venta de los bienes para hacer valer su derecho, sin necesidad de adelantar un proceso ejecutivo.

Por lo demás, en lo que corresponde a la capacidad económica personal del tomador del crédito inicial por el valor de doscientos millones de pesos, el Tribunal se limitó a referenciar dos certificados de ingresos, advirtiendo que lo percibido mensualmente no era suficiente para cubrir esa acreencia.

Con ello, desconoció el Ad quem, en primer lugar, lo expresado por los acusados en sus indagatorias, atinente a que el préstamo iba dirigido a construir locales comerciales en el lote de propiedad del solicitante del crédito -que a la vez servía de respaldo al

préstamo-, de lo cual se sigue que la evaluación no podía efectuarse de cara a los ingresos mensuales ordinarios del tomador, sino en consideración a los locales que paulatinamente se iban vendiendo y permitían ingresar dineros destinados al pago.

Ello, además, se evidencia adecuado, si en cuenta se tiene que el pago no se haría mensual o periódico, sino a la finalización del periodo pactado, que contaba con seis meses de gracia.

Así se registra en el pagaré firmado por el deudor³, pasado por alto en la evaluación del Tribunal, donde claramente se determina que el pago debe hacerse en una sola cuota, el 23 de julio de 1997.

Omitió el Ad quem, de igual manera, considerar el Informe 360078, del 5 de septiembre de 2007⁴, rendido por el investigador criminalístico VII, en el cual se señala que:

“...el prementado Sr. Ortiz Ramírez contaba con Patrimonio Líquido (Patrimonio Bruto- Pasivos o Deudas) de aproximadamente \$576.398.000, es decir que el prementado Sr. Ortiz Ramírez contaba con un Patrimonio contable que le permitiría adquirir deudas u obligaciones hasta por un monto aproximado de \$576.398.000,00 con corte a Diciembre 31 de 1995”.

Así las cosas, con la prueba dejada de lado por el Tribunal se demuestra, de un lado, que las garantías presentadas emergen efectivas, y del otro, que el cliente, en cuanto persona natural, sí contaba con patrimonio suficiente para responder por la deuda de doscientos millones de pesos adquirida.

De forma similar, asiste la razón a los demandantes cuando advierten el equívoco en que incurre el Ad quem al definir como destinatario del préstamo por seiscientos millones de pesos a la empresa CIEL Ltda, con lo cual despeja impropio haber aprobado el préstamo

a quien no tiene experiencia en la construcción de centros comerciales.

Es claro que no fue así, pues, ampliamente la documentación aportada, incluidos los contratos y pagarés que los respaldan, desconocidos por el fallador, demuestran que el crédito no se otorgó a la empresa comercial. Tanto, que el pagaré respectivo fue firmado por Margarita María Villa Ochoa, en calidad de representante legal de Fidubancoop y vocera del Patrimonio Autónomo denominado Fidubancoop, proyecto centro comercial El Cuji5.

Desde luego, que obtenido el préstamo precisamente por la fiducia creada para adelantar el proyecto de construcción, se desvirtúa la razón que funda la crítica realizada por el Tribunal al actuar de quienes recomendaron o aprobaron el crédito por seiscientos millones de pesos.

c) El Tribunal erró al considerar que la garantía no era eficaz, por no haber sido inscrita en la Cámara de Comercio

El fallador de segundo grado, buscando ratificar lo expuesto por el A quo, afirmó: “Es razonable el argumento del juzgado al considerar que hubo una disposición irregular de recursos públicos al desembolsarse el crédito sin la debida constitución de la garantía”.

El error en lo afirmado estriba, no en sostener que el desembolso efectivamente reclama de previa constitución de la garantía, sino en extender la obligación de examinar dicha constitución a los funcionarios, Vicepresidente Comercial y Presidente de la entidad, cuando recomendaron o aprobaron el crédito.

Sucede, como desde un comienzo se ha hecho ver, que en la Caja Agraria el trámite de

la solicitud de crédito reclama de varias etapas debidamente diferenciadas y a cargo, en algunos casos, dependiendo del monto, de distintos funcionarios.

De esta manera, si el Tribunal hubiese leído en su totalidad y adecuadamente, el Informativo Urgente 017, habría advertido que la constitución de la garantía opera posterior, necesariamente, a la aprobación del crédito y debe ser verificada, no por los funcionarios que efectuaron este paso, sino por el Director de Oficina.

Expresa y claramente, sin posibilidad de yerro en su interpretación, el numeral 3.6. del Informativo, regula:

“CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA

El Director de la oficina ordenará constituir la garantía cuando la solicitud sea aprobada por quien tenga la atribución del caso. Por tanto, queda prohibido constituir garantías antes de obtener la aprobación del crédito respectivo”.

Expresa la prohibición de que la garantía pueda constituirse antes de la aprobación del crédito, no existe posibilidad de extender la obligación del Vicepresidente Comercial y el Presidente de la Caja Agraria, a esta tarea, que ha sido radicada en cabeza del Director de Oficina y opera posterior a la intervención de aquellos.

Se discutió, en torno de la garantía, si efectivamente debía o no registrarse la fiducia en la Cámara de Comercio.

Al efecto, el Ad quem efectuó una lectura amplia de las normas, para significar que se trataba de un requisito obligatorio, al tanto que los demandantes y el Ministerio Público en su concepto, verifican que la exigencia solo operó a partir de la expedición del Decreto 2785 de 2008.

El examen del tema permite advertir cómo el fallador de segundo grado realizó una interpretación bastante libre de las normas que regulan el tema, pues, admitiendo que, en efecto, el Decreto 2785 de 2008, reglamentó obligatorio el registro de la fiducia en la Cámara de Comercio, entiende que ello era exigible desde el mismo Código del Comercio, dado que el artículo 1228 delimita la naturaleza de la Fiducia y la significa con traslado de la administración de los bienes, de lo cual deduce que debe aplicarse el contenido del artículo 28-5 ibídem, en cuanto, especifica que debe inscribirse en el registro mercantil, entre otros, “todo acto en virtud del cual se confiera, modifique o revoque la administración parcial o general de bienes o negocios del comerciante”.

Empero, pasa por alto el ad quem, que respecto de la forma de constituir la fiducia, la parte especial del Código de Comercio, cuando regula específicamente el instituto, determina su forma legal, diferente de la norma general.

En efecto, el artículo 1228 de esa normatividad, reseña:

“CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida Mortis causa, deberá serlo por testamento.”

De esta manera, evidente surge que la validez de la fiducia no dependía de su registro en Cámara de Comercio, sino de que se elevara a escritura pública, momento en el cual se entendía constituida la misma.

Y, si se dijera que de todas formas debía inscribirse en Cámara de Comercio, es lo cierto que no se trataba de un requisito necesario para la constitución, como se ve, independientemente de sus efectos de publicidad, que en la generalidad de los casos no

afectan el contrato mismo, sino su inoponibilidad ante terceros.

Para efectos de publicidad es que se entiende lógica la expedición del Decreto 2785 de 2008 (que reglamentó el artículo 123 de la Ley 1116 de 2006, redactado en forma similar), pues, el título se rotula “Publicidad de los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que constan en documento privado”.

La naturaleza y efectos específicos del Decreto (y de la norma reglamentada, contenida en el artículo 123 de La Ley 1116, en cita), permite advertir que, precisamente, se expidió porque antes del mismo, esto es, en el contenido del Código del Comercio, no se halló expresa la obligación de inscribir en la Cámara de Comercio la fiducia.

Y, cabe relevar, en el mismo decreto se hace ver que la inexistencia de registro en Cámara de Comercio no afecta la validez o inhabilita la constitución de las fiducias, sino que “serán inoponibles ante terceros”, como lo contempla el parágrafo del artículo primero.

Muestra evidente de que la fiducia sí cubrió su constitución legal y tuvo plenos efectos respecto de la garantía de los créditos, es que nunca se controvertió la validez de la misma e incluso, como lo hizo ver el Ministerio Público en su concepto, sirvió para adelantar el correspondiente proceso ejecutivo de cobro de los saldos insolutos.

De lo anotado es fácil colegir que por la vía de examinar de manera parcial las pruebas obrantes en el expediente o de interpretar inadecuadamente el contenido de

normas expresas –en errores que representan, por sí mismos, falso juicio de identidad por cercenamiento y violación directa de la ley por tergiversación-, el Tribunal concluyó, de manera equivocada, en primer lugar, que la constitución de la fiducia operaba previo a la aprobación del crédito y debía ser verificada por el Vicepresidente Comercial y el Presidente de la entidad crediticia; y, en segundo término, que para la época de los hechos la dicha constitución obligaba, como requisito de validez, de la inscripción en el registro de la Cámara de Comercio.

d) Se equivoca el Tribunal cuando entiende doloso, por parte de BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, aprobar el préstamo por seiscientos millones de pesos sin contar con que al mismo cliente se le habían prestado doscientos millones de pesos, todavía sin cancelar cuando se hizo el segundo desembolso

En la sentencia de segundo grado se lee que el comportamiento contrario a derecho de MEDINA RODRÍGUEZ, se debe a que “Se aprobó un segundo crédito por \$ 600.000.000 sin que el cliente hubiera pagado el primer crédito(...)

Al ser FABIO ORTIZ deudor de un crédito por \$200.000.000 con el mismo banco, ese dato necesariamente afectaba su capacidad de pago y de endeudamiento, lo cual era relevante para aceptarlo como codeudor del segundo crédito (...)

Es jurídicamente relevante que el desembolso del segundo crédito se hizo un día antes de que se venciera el primero, esto es, el 22 de enero de 1997. De modo que esta información no podía ser desconocida por el presidente de la Caja Agraria, porque era un registro dentro del propio banco.”

Cuentan con la razón los demandantes y el Ministerio Público, cuando objetan la conclusión del Ad quem, pues, con ella desconoció de tajo, como ya se anotó en líneas

anteriores, que se trata de préstamos independientes, realizados respecto de una persona natural, el primero, y en favor de una fiducia con patrimonio autónomo, el segundo.

Ya se demostró con documentos desconocidos por el Tribunal, así mismo, que pese a tratarse de dos créditos con igual garantía -la fiducia soportada en patrimonio autónomo-, esta era más que suficiente para respaldarlos ambos.

De igual forma, no se entiende cómo el fallador de segundo grado afirma que el Presidente de la entidad debía saber, al momento de aprobar el segundo préstamo, que este se desembolsaría un día antes de que se venciera el plazo del primero, cuando es claro, porque el Informativo Urgente así lo establece en la norma pasada por alto, que la contabilización y el desembolso del crédito no solo operan posteriores, sino a cargo del Director de Oficina, quien solo puede efectuar esta tarea una vez verificados otros requisitos, por manera que para el presidente operan ajenas y aleatorias, tanto la posibilidad de desembolso, como la fecha en que ocurrirá.

Y si, como se insinúa en el fallo atacado, era aconsejable esperar el vencimiento del primer crédito para comprobar la seriedad en el pago, ello es tarea propia del Director de Oficina y no del Presidente de la entidad, conforme la división de funciones establecida en el Informativo.

La afirmación del Ad quem, además de pasar por alto las normas expresas del Informativo Urgente, omitió considerar lo expresado en la indagatoria por PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ⁶, quien a pregunta expresa sobre el tema, sostuvo.

“Debo aclarar que en la CAJA AGRARIA estaban (sic) claramente normado el aspecto de los desembolsos de los créditos en cuanto a que los mismos eran de única responsabilidad de los gerentes o directores de todas las sucursales. Esta norma se debía a que el deudor debía acercarse físicamente a cada uno (sic) de las 852 oficinas

que existían en el país para identificarse plenamente y suscribir con su puño y letra el pagaré estampando adicionalmente su huella y por su parte el director debía autorizar con su firma la contabilización del pagaré (...) Le aclaro que otra cosa es la fecha de la aprobación de esa operación la cual tuvo que ser antes del 22 de enero de 1997 y ya que usted toca ese punto, como concepto muy personal se me hace que si el doctor ALBERTO SILVA COLMENARES manejaba en su sucursal el crédito de \$200 millones de FABIO ORTIZ, que se vencía el 23 de enero de 1997, y empezaría a manejar el nuevo crédito por \$600 millones de pesos, bien hubiera podido esperar un día más para conocer el comportamiento del pago del crédito de los \$200 millones. Revisando el fólder encuentro que el préstamo por \$600 millones por usted comentado, fue aprobado por el doctor BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, Presidente de la entidad y por el suscrito como vicepresidente el día 6 de diciembre de 1996, 47 días antes del desembolso...".

Lo dicho por el acusado no fue tomado en cuenta por el Tribunal, a pesar de explicar con suficiencia la ausencia total de intervención suya y del Presidente de la Caja Agraria, en el desembolso del crédito.

No puede pasarse por alto, además, que claramente los acusados en sus intervenciones injuradas detallaron la participación que cada uno tuvo en el trámite de ambos créditos; y que, en particular, los documentos obrantes en la foliatura demuestran, sin ninguna controversia, que BENJAMÍN MEDINA RODRÍGUEZ, no tuvo ninguna intervención, principal o accesoria, en la aprobación del primer crédito por la suma de doscientos millones de pesos -dado su monto la aprobación le competía al Vicepresidente Comercial-.

Entonces, apenas obedece a mera especulación del Tribunal, o mejor, a asumir engastada en el informativo una prueba inexistente, como lo aducen los demandantes, la referencia a la presunta existencia de una carpeta enviada al acusado MEDINA

RODRÍGUEZ para la aprobación del segundo crédito, por la suma de seiscientos millones de pesos, que presumiblemente consignaba los antecedentes del crédito anterior.

Ese acopio documental, huelga anotar, no se verifica aportado al plenario y por ello incurre el ad quem en un vicio por falso juicio de existencia por suposición, cuando soporta su acusación de conocimiento previo del acusado, en un elemento de juicio inexistente.

Yerra el sentenciador de segundo grado cuando sin ningún soporte probatorio asevera: “Es jurídicamente relevante que el desembolso del segundo crédito se hizo un día antes de que venciera el primero, esto es, el 22 de enero de 1997. De modo que esta información no podía ser desconocida por el presidente de la Caja Agraria, porque era un registro dentro del propio banco.”

Las normas regulatorias del crédito, así como lo explicado por los procesados, demuestran que ese “registro dentro del propio banco” solo se hallaba en conocimiento y plena disposición del Director de la Oficina en Cúcuta, pero ya no era del resorte del Presidente o del Vicepresidente Comercial, precisamente porque al aprobar los créditos enviaron la documentación a aquel, a fin de continuar con el trámite de contabilización y desembolso.

e) Desconoce el Tribunal pruebas documentales precisas que verifican inexistente algún tipo de mora o castigo de cartera respecto del crédito hipotecario adquirido por el cliente con el BCH; pero, además, que sí se registró en escritura pública el patrimonio autónomo

A manera de conclusión de sus argumentos, el ad quem consigna respecto de todos los acusados, que además de aprobar y desembolsar los créditos pese a que contaba el cliente con cartera vencida, se pasó por alto que el deudor estaba “calificado con crédito C con el BCH”.

Nunca el Tribunal, sin embargo, determina cuál es el efecto de que el cliente se halle dentro del rango C de calificación del crédito hipotecario, o mejor, por qué ello impedía aprobar los créditos.

Pero, además, desconoció prueba documental engastada en el informativo que de manera expresa advierte cómo para el momento de los desembolsos, ya sea en calidad de deudor directo o a título de codeudor, Fabio Ortiz Ramírez, se hallaba al día con su deuda hipotecaria ante el BCH.

Así se hace constar en certificación expedida por esa entidad⁷ el 15 de julio de 1996.

Además de lo anotado, el fallador de segundo grado expresa que a pesar de emitirse certificados fiduciarios “no se apreciaron escrituras públicas o certificados de tradición y libertad que determinara que los bienes inmuebles fueron entregados en FIDUCIA, como tampoco hay evidencia del curso del proyecto ni de su factibilidad”.

Todos los involucrados en el trámite del crédito, así como los terceros conocedores del proceso de fiducia, su naturaleza y alcances, coincidieron en verificar inconcuso que la fiducia fue constituida con patrimonio autónomo representado, en principio, por el lote donde se construiría el complejo comercial, para cuyo efecto fue constituida la escritura pública N° 1722, del 26 de abril de 1996, en la Notaría Quinta de Cúcuta⁸.

Ello fue ratificado por el liquidador de FIDUBANCOOP, en oficio dirigido a la Fiscalía⁹, donde corrobora la expedición de la escritura 1722 de 1996, representativa del patrimonio autónomo constituido con un inmueble avaluado en la suma de \$2.920.100.000; cuyo valor se incrementó posteriormente, hasta la suma de \$3.035.922.910, aunque hubo de reducirse a \$2.861.443.476, dado que se habían incluido 8 predios ajenos al fideicomiso.

La prueba omitida en su consideración por el ad quem, demuestra, tanto que la garantía inmobiliaria sí existía y fue constituida con la correspondiente escritura pública, como que no se alzaba, por razón de la calificación C entregada por el BCH al crédito hipotecario del cliente, impedimento para otorgar los préstamos solicitados ante la Caja Agraria, entre otras razones, porque para el momento del desembolso el solicitante se hallaba al día en el pago de las respectivas amortizaciones.

TRASCENDENCIA DE LAS OMISIONES

Ambas instancias soportaron el fallo de condena emitido en contra de PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ y BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, en la que entienden obligación común de estos de verificar todo el trámite del préstamo, hasta su desembolso; la existencia de circunstancias que impedían incluso su aprobación: cartera vencida y calificación C de un préstamo hipotecario con el BCH; la responsabilidad por desembolsar el segundo crédito apenas un día antes de vencerse el primero; y la inexistencia de garantías suficientes que respaldasen las sumas entregadas.

Como en líneas precedentes, al examinar cada tema, se demostró, las conclusiones del Tribunal obedecieron a protuberantes errores de hecho que van desde el falso juicio de existencia por omisión y suposición, hasta el falso juicio de identidad por omisión y tergiversación.

En especial, se destacó la manera en que las instancias leyeron el contenido del Informativo Urgente 17, pues, fue desconocido su contenido íntegro y contextualizado, a partir del cual se observa incontestable que dentro de la división de funciones propia de la entidad crediticia, cada funcionario adscrito a la misma desempeñaba un rol específico en el trámite del crédito, en compartimento separado que, incluso, impedía invadir órbitas de competencia ajena.

De esta manera, pudo advertirse que la actuación de los acusados PABLO RAMÍREZ y

BENJAMÍN MEDINA, en la aprobación de los créditos puestos en cuestión, se ciñó estrictamente a la competencia deferida expresamente por el Informativo Urgente, sin que, pese a lo irregularmente sostenido por el Tribunal, pudiera verificarse materializada la inexistencia de alguno de los requisitos que gobernaban su particular intervención.

Además, el fallador no estableció algún principio o norma que permita verificar que, en efecto, el Vicepresidente Comercial y el Presidente de la Caja Agraria, estaban en la obligación de apersonarse del trámite completo de los créditos, al punto de hacer necesario determinar si el desembolso cumplía con los requisitos legales, en reemplazo de la función expresa y directamente atribuida al Director de la Oficina en Cúcuta.

Si se parte del principio referido a que el funcionario público solo puede adelantar las tareas expresamente consignadas en la ley, so pena de extralimitarse en su funciones, y claramente el Informativo Urgente 17 detalla que “excederse en las atribuciones asignadas o delegadas, constituye causal de mala conducta”, no se entiende bajo qué presupuesto legal o dogmático el Tribunal reclama de los acusados en cita injerir en competencias ajenas, solo porque de manera abstracta se impone a todos los funcionarios públicos impedir el incremento del riesgo.

Precisamente la atribución del incremento del riesgo demanda demostrar que el procesado incumplió con las específicas tareas a él asignadas, para lo cual se entiende indispensable verificar, entonces, cuáles son esas detalladas actividades que le competen, sin que sea factible, por obvias razones, extenderlas a órbitas ajenas, estableciéndose también claro que en este tipo de organizaciones basta con que el funcionario desempeñe adecuadamente su labor, a la espera, en uso del principio de confianza, de que los demás realicen la suya.

Para el caso, como lo señalaron los demandantes, los deberes de los acusados RAMÍREZ HERNÁNDEZ y MEDINA RODRÍGUEZ, fueron cubiertos a cabalidad, sin que se demostrara que pasaron por alto de manera consciente una norma o reglamento específicos, demostrado que los requisitos previos a la aprobación del crédito fueron cubiertos a satisfacción.

Formalmente, entonces, nada se alza para determinar la elevación del riesgo que pregonan el Tribunal.

Pero además, en un plano estrictamente material, resulta bastante desproporcionado exigir a los funcionarios del rango nacional, cuando se trata de un sinnúmero de oficinas ubicadas en todo el país, examinar uno a uno todos los préstamos hasta su desembolso e incluso pagos parciales o definitivos, en tarea ingente de imposible realización.

Es por ello, huelga anotar, que a los funcionarios del orden nacional se les asignan específicas tareas, entre ellas la aprobación, dependiendo del monto del préstamo, sin que ninguna de estas implique efectuar el desembolso o determinar cubiertos los requisitos que lo habilitan.

Así las cosas, ostensible que la responsabilidad penal de los acusados PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ y BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA, se soportó en evidentes y trascendentes errores de hecho en el examen de lo que la prueba objetivamente contiene, se impone casar parcialmente la sentencia a efectos de revocar la condena proferida contra ellos y en su lugar emitir sentencia absolutoria.

No es necesario realizar pronunciamiento referido a la libertad de los acusados absueltos aquí, pues, no les fue impuesta medida de aseguramiento durante el decurso procesal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR parcialmente la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de julio de 2014, en el sentido de REVOCAR la sentencia condenatoria proferida contra PABLO JOSÉ RAMÍREZ HERNÁNDEZ y BENJAMÍN DEL SOCORRO MEDINA RODRÍGUEZ, y en su lugar absolverlos por el delito de peculado por apropiación por el que fueron acusados, dejando sin efectos las penas principales y accesorias fijadas en su contra.

En lo demás rige sin variaciones lo dispuesto por las instancias.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 263 a 266 del Cuaderno Original 5

2 Folios 55 a 60 del Cuaderno Original 1

3 Folio 15 del Cuaderno Original 1

4 Folio 35, Cuaderno Original 4

5 Folio 16 del Cuaderno Original 1

6 Folios 97 y 98 del Cuaderno Original 1

7 Folios 178 a 181 del cuaderno de anexos número 8

8 Así lo especificó en su indagatoria Fabio Ortiz Ramírez, a folio 277 del cuaderno original 1

9 Folios 81 a 86 del Cuaderno Original 4