

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP3997-2019

Radicación No. 47203

Acta 239

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Arnulfo Ávila Lombana y Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez, contra la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida por el Juzgado 22 Penal de dicho circuito, en cuanto condenó a los acusados en mención por los punibles de captación masiva y habitual de dineros y estafa agravada.

HECHOS:

Arnulfo Ávila Lombana y Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez, directivos de la Fundación Solidaria Merco-FUNSOME, entidad sin ánimo de lucro con sede principal en la carrera 16 No. 43-57 de Bogotá, sin autorización de la autoridad competente para ello, desarrollaron, promovieron e indujeron actividades que concluyeron en la captación de dinero del público en forma masiva y habitual.

Así lograron en Bogotá, La Calera, Cogua, Zipaquirá y otros municipios aledaños, la

vinculación de aproximadamente 48.500 personas quienes aportaron cada uno, para el año 2007 \$35.000 y para 2008 \$47.000, a cambio de participar en un programa de beneficio social, según el cual después de tres meses de la afiliación recibirían un bono por \$10.000; al cabo de cinco meses otro bono por \$60.000 y en el transcurso de un año otro por la suma de \$720.000, los cuales podrían redimir en los almacenes Éxito, Carrefour o en el Supermercado Oliván de La Calera.

Cumplidos, sin embargo los plazos y aunque la entidad captó un aproximado de \$2.191'973.000, no fue posible que a la mayoría de vinculados se les redimieran los citados bonos, ni se les restituyera el dinero aportado.

Enteradas la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia Financiera de tales sucesos y adelantadas así algunas diligencias de verificación que permitieron establecer que la entidad continuaba funcionando en la mencionada sede, se practicó, el 25 de noviembre de 2008 diligencia de allanamiento y registro al referido inmueble, donde fueron aprehendidos, entre otros, Arnulfo Ávila Lombana y Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez, cuando ejecutaban las cuestionadas actividades.

ANTECEDENTES:

1. El 26 de noviembre del año últimamente citado, ante un Juzgado de Control de Garantías de Bogotá, se celebró audiencia en la cual se legalizó el allanamiento y registro a inmueble y las referidas capturas. A la vez se formuló imputación, como probables coautores de los punibles de captación masiva y habitual de dineros, negativa de reintegro, de conformidad con los artículos 316 y 316A del Código Penal, (modificados por el Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008), y estafa agravada según el artículo 246 del mismo ordenamiento, en contra de Arnulfo Ávila Lombana y Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez, a quienes se les impuso una medida de aseguramiento no privativa de libertad.

2. Radicado por la Fiscalía el correspondiente escrito, en sesiones del 11 de febrero y 18 de

agosto de 2009 se efectuó audiencia ante el Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá, en la cual se acusó a Arnulfo Ávila Lombana y Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez como coautores de los mencionados ilícitos.

3. Tras verificarse las audiencias preparatoria y de juicio oral, el juzgado de conocimiento profirió, el 13 de marzo de 2015, sentencia para condenar a Arnulfo Ávila Lombana y Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez, cada uno a la pena principal de 166 meses de prisión y multa equivalente a 173,44 salarios mínimos mensuales legales como coautores responsables de los delitos de captación masiva y habitual de dinero, negativa de reintegro y estafa agravada.

4. Contra el fallo anterior, los enjuiciados y su defensor interpusieron el recurso de apelación en virtud del cual el Tribunal Superior de Bogotá profirió el suyo el 4 de septiembre de 2015 para revocar parcialmente el impugnado en cuanto a la condena por el punible de negativa de reintegro y confirmarlo en lo demás.

Contra la decisión del ad quem, la defensa interpuso oportunamente el recurso extraordinario que igualmente sustentó en tiempo.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal tercera de casación acusa la sentencia impugnada de infringir indirectamente la ley sustancial a consecuencia de la incursión en errores de hecho, por falso juicio de identidad, en la valoración de las pruebas, que condujeron a aplicar indebidamente el artículo 1º del Decreto 4336 de 2008 e inaplicar el 6, 9, 10, 13 y 316 del Código Penal y el 7º de la Ley 906 de 2004.

Es que, afirma, dadas las descripciones típicas contenidas en el citado Decreto, vigente

desde el 17 de noviembre de 2008, y en el original artículo 316 de la Ley 599 de 2000, incluido el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, aquél sanciona no solo la captación de dineros del público, como sí lo hacía con exclusividad el artículo 316 mencionado, sino además las actividades de desarrollo, promoción, patrocinio, inducción, financiación y colaboración con esa finalidad.

Acá los hechos imputados ocurrieron hasta la fecha en que se produjo la diligencia de allanamiento a la entidad captadora, esto es el 25 de noviembre de 2008, cuando ya se hallaba en vigencia el precitado decreto; por eso, a pesar de que las instancias reconocieron que entre el 17 y el 25 de noviembre de ese año no se acreditó que se hubiere captado algún dinero, sí concluyeron que se realizaron actividades de desarrollo, promoción e inducción con ese propósito y por los mismos fue que se produjo la sentencia de condena.

No se cuestiona en esas condiciones que los acusados hayan en efecto cometido la conducta de captación masiva de dineros del público en vigencia del artículo 316 de la Ley 599 de 2000; la discusión se propone, por tanto, en torno a la prueba acerca de que entre el 17 y el 25 de noviembre de 2008 los acusados ejecutaran actividades de desarrollo, inducción o promoción con el fin de captar dinero del público.

Para arribar a esa conclusión, afirma el censor, la sentencia recurrida se valió, entre otros, de los testimonios de Jorge Humberto Lozano Moreno, Marco Fidel Albarracín y Benjamín Rodríguez Palacios, cuyas declaraciones objetivas fueron desconocidas para ponerlas a decir algo que en realidad no dijeron.

Así, Marco Fidel Albarracín y Jorge Enrique Rico, funcionarios de la Superintendencia Financiera, al igual que el investigador del C.T.I Armando Cifuentes, aseguraron que al momento de la diligencia de allanamiento vieron a un número plural de personas reclamando porque se les devolviera sus dineros o se les reconocieran y entregaran los beneficios prometidos al momento de su vinculación; Jorge Humberto Lozano, ingeniero de

sistemas de la misma Superintendencia, informó, a su vez, que en la misma ocasión, vio a varias personas en el lugar tomando unas charlas, mientras que a otras les leían publicidad, volantes y catálogos de la entidad captadora, de todo lo cual se enteró por comentarios de algunos de sus compañeros y por las declaraciones que les tomó a aquellas personas.

Gustavo Santos, también funcionario de la citada Superintendencia refirió igualmente que en el lugar había un grupo numeroso de personas reclamando por su dinero o los bonos y además estaban pendientes de unas conferencias en las cuales los directivos de la captadora les informarían la situación de la entidad y las razones por las que no se estaban entregando los beneficios; y finalmente, Benjamín Rodríguez Palacios, ingeniero de sistemas del C.T.I., aseveró que en el lugar allanado se encontró un grupo de personas como haciendo inducciones, así como talonarios de afiliación.

Luego, agrega, ninguno de ellos llega a asegurar que en la entidad allanada se estuvieran ejecutando actos de desarrollo, inducción, o promoción para captar dineros del público; ni siquiera el último testigo reseñado es asertivo al momento de indicar que se estuvieran realizando inducciones, simplemente fue un comentario según su parecer, mucho menos si se considera que el testigo Gustavo Santos informó cuál era el verdadero objeto de esas charlas.

Las personas que allí se encontraban en número de 25 a 30 no tenían por propósito recibir charlas de inducción, ni de afiliarse, simplemente estaban reclamando por sus dineros y sus bonos, como así por demás lo reconoció la propia Superintendencia en la Resolución 1931 de noviembre 28 de 2008 a través de la cual se adoptó una medida de intervención de la entidad captadora.

La conclusión, por tanto, a la cual llegó el Tribunal acerca de que entre el 17 y el 25 de noviembre se realizaron actividades de desarrollo, promoción o inducción con el fin de captar dineros del público, sólo fue posible por la tergiversación de esos testimonios. No se

desconoce que la entidad cuestionada recibió afiliaciones individuales de 48.565 personas, ni que a cada una se le recaudó un 10% de un salario mínimo, pero los actos de promoción, inducción o vinculación a través de los cuales se lograron esas afiliaciones, sucedieron antes de que entrara en vigencia, el 17 de noviembre de 2008, el Decreto 4336.

Lo anterior significa, concluye, que para la fecha del allanamiento, los acusados no estaban ejecutando ninguno de los verbos rectores de la nueva norma prohibitiva. Que en esa ocasión se hubiere encontrado material publicitario e incautado formularios de registro no indica que los procesados necesariamente estaban promoviendo o induciendo la vinculación de nuevos afiliados.

Solicita por eso, se case el fallo recurrido y se profiera uno de reemplazo en el cual se concrete la sanción penal con sujeción a la norma aplicable, esto es el artículo 316 de la Ley 599 de 2000 con la modificación de la Ley 890 de 2004.

Segundo cargo:

Con apoyo en la causal primera de casación denuncia ahora la infracción directa de la ley por aplicación indebida del artículo 246 inciso 1º, del Código Penal y consecuente falta de aplicación de los artículos 6, 83 y 246 inciso 3, del mismo ordenamiento.

Se probó en el juicio y así lo reconocieron las instancias, que 48.565 personas vinculadas a la entidad captadora lo fueron con la entrega de una moderada cuota que no sobrepasaba el 10% de un salario mínimo, es decir una cuantía que no superaba el equivalente a 10 salarios mínimos mensuales, luego cada uno de los 35.000 afiliados que no recibieron beneficios tuvieron un daño correlativo igual al 10% de un salario mínimo de entonces.

Cada estafa, por tanto, debió ubicarse en el inciso 3º del artículo 246, porque cada uno de los vinculados que no recibió beneficios perdió solo ese 10% mencionado y no la totalidad que ingresó por ese concepto a la entidad.

Si bien a ésta le ingresaron \$2.191'973.000 y por eso fue procedente la aplicación de la agravante prevista en el artículo 267 porque evidentemente se superó el equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales, el correlativo perjuicio que se causó a esos 35.000 afiliados que no recibieron beneficios, constituyeron cada uno una estafa en cuantía inferior a 10 salarios mínimos, tal como lo prevé el precitado inciso 3º.

“Por ello, dice, se habla de varias estafas de mínima cuantía, que sin duda alguna corresponde a la descripción del llamado delito masa y que no excluye la imputación y aplicación legal del inciso 3º del artículo 246 del Código Penal”.

Ahora, aplicable como resultaba esta norma, la cual sanciona cada estafa con pena máxima de 54 meses de prisión, la acción penal se encuentra prescrita, de conformidad con el artículo 83 ídem, como así lo solicita a consecuencia de que el fallo sea casado en lo que hace al punible de estafa.

Tercer cargo:

También con fundamento en la causal primera de casación acusa la sentencia recurrida de infringir directamente la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 31 de la Constitución, 20.2 y 188 de la Ley 906 de 2004 en cuanto consagran la prohibición de reforma en perjuicio, pues cuando el Tribunal individualizó la sanción por el concurso de conductas la aumentó en 40 meses por razón del punible de estafa, no obstante que el a quo había estimado ese incremento en 14 meses, sin que, de otro lado, eso fuera objeto de apelación por parte de la Fiscalía, es decir, que los procesados tenían la condición de apelante único.

La sanción penal derivada del concurso de delitos debió mantener los criterios utilizados por el a quo, de manera que la pena no podía ser superior a 134 meses de prisión, pues dada la prohibición de reforma peyorativa sólo se podían hacer los aumentos deducidos en primer grado, que correspondieron por un lado, a 14 meses de prisión y por otro, al equivalente a

29 salarios mínimos como parte de la multa impuesta.

Demanda por eso, casar parcialmente la sentencia impugnada para que en su lugar se imponga a los acusados la pena que legalmente les corresponde, con sujeción a la garantía de la no reforma en perjuicio.

LA FISCALÍA:

Frente al primer cargo, afirma el Delegado, carece de razón el impugnante porque del contenido de la diligencia de allanamiento realizada el 25 de noviembre de 2008 a la Fundación Solidaria Mercofunsome, carente de autorización para captar dinero, se colige que el investigador Armando Cifuentes dejó claro que en el segundo piso fueron encontradas 15 personas escuchando una exposición sobre la forma como podrían afiliarse, a lo cual se sumó la incautación de una serie de elementos materiales probatorios que daban fe de la actualidad de la operación ilícita, situación que hizo notar que allí se seguía realizando la actividad de captación masiva y habitual de dineros por parte de esa entidad, tal como lo aseveraron Enrique Erazo, Janeth Durán, Yolanda Rosas, Ángela Cortés y Milena Sastoque, al punto que la Superintendencia Financiera la reconvino el 28 de noviembre de 2008 para que suspendiera inmediatamente esa actividad.

Y si a eso se añade que para la fecha del allanamiento también se observó el despliegue de publicidad que permitía inferir la continuidad de la actividad ilícita para la época en que se hallaba vigente el Decreto 4336 de 2008, mal puede sostenerse que la sentencia se fundó en apreciaciones equivocadas, pues Marco Fidel Martínez, funcionario de la Superintendencia Financiera que intervino en dicha diligencia, hizo notar que la unidad de policía judicial sí recolectó los elementos materiales probatorios que permiten arribar a la conclusión de permanencia de la actividad que se reprocha penalmente.

Lo mismo si se aprecia el testimonio de Benjamín Rodríguez, cuando indicó que en el edificio allanado se observó un grupo de personas como haciendo inducción y otro en fila, a más de

documentos de afiliación unos llenos y otros no, todo lo cual resultaba significativo para que el juzgador adoptara una adecuada posición valorativa en torno a la actualidad de la captación ilegal descrita en la norma en cita, sin que sea de recibo el argumento del censor al querer trasladar la acción de reproche al tiempo de vigencia del artículo 316 del Código Penal para condicionar seguidamente la realización del tipo penal al hecho mismo de la captación centrada en el efectivo recibimiento de los dineros, cuando en contrario el tipo penal vigente para la fecha en que todavía se desarrollaba la ilícita actividad no era otro que el previsto en el Decreto 4336 de 2008, el cual sanciona igualmente las actividades de promoción, inducción, financiación y colaboración para lograr la finalidad de captación, sin necesidad de que ésta se logre, de ahí que en manera alguna se equivocó el Tribunal al adecuar la conducta reprochada al artículo 1º del referido Decreto y no al 316 de la Ley 599 de 2000.

En cuanto al cargo segundo, el concepto de delito masa no alude precisamente a una acción fraudulenta que recaiga sobre un conjunto de individuos con intereses comunes; si el propósito de Funsome era el de receptar dinero a través de un programa de beneficio social a cambio de bonos mensuales por dos años a redimirse en entidades con las cuales supuestamente tenía convenio, esto, al desarrollarse por un sujeto activo único que modula con dolo global o total mediante un plan común representado en conductas repetitivas donde estaba de por medio una pluralidad de sujetos pasivos indeterminados afectando el mismo tipo penal, representa la realización de un delito único, una estafa masa, cuya cuantía se determina no por los valores insulares entregados por cada defraudado, sino por la totalidad del daño causado, lo cual además de mantener vigente la acción penal hizo necesario tipificar el hecho bajo los linderos del inciso 1º del artículo 246 del Código Penal, agravado precisamente por la cuantía.

Finalmente, en cuanto al cargo tercero, la prohibición de reforma peyorativa sí fue infringida pues al Tribunal no le era dado desmejorar la situación del procesado toda vez que se trataba de apelante único, de ahí que la sentencia recurrida debe casarse de manera parcial

dejando incólume el monto punitivo que por razón del delito de estafa agravada dedujo el a quo.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

En opinión de la Delegada de la Procuraduría el primer cargo formulado no puede prosperar, pues quedó demostrado que tras la vigencia del Decreto 4336 de 2008, Funsome continuó ejecutando acciones encaminadas a captar dineros del público de forma masiva y habitual sin contar con la autorización de la Superfinanciera, según dan cuenta los testimonios de Armando Cifuentes y Benjamín Rodríguez quienes de haber participado en la citada diligencia de allanamiento evidencian que la entidad seguía realizando actividades con el mencionado propósito, lo cual por demás fue ratificado por algunas de las víctimas.

En relación con el segundo reproche, se acreditó que los acusados incurrieron en el punible de estafa agravada al obtener un provecho económico mediando el engaño de ofrecer beneficios sociales, así lograron que miles de personas pagaran una cuota de vinculación a cambio de aquellos, por ende tampoco el cargo tiene vocación de éxito.

No sucede lo mismo con la tercera censura, toda vez que efectivamente se infringió la prohibición de reforma en perjuicio, porque el a quo impuso a los acusados una pena de 166 meses de prisión por los delitos de captación masiva y habitual de dineros, en concurso con negativa a reintegro y estafa agravada. Tal decisión fue apelada por sus defensores con la pretensión de obtener la revocatoria de la condena y aunque a ello accedió el ad quem respecto al punible de negativa a reintegro, no varió la sanción sino que al delito base, captación masiva y habitual, dosificada en 120 meses, la aumentó 40 meses por el de estafa, cuando el juez de primera instancia la había incrementado en 14 meses, sin que ello hubiere sido objeto de apelación, por eso solicita el Ministerio Público se case parcialmente el fallo recurrido y se redosifique la pena impuesta a los procesados.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo:

Examinados los testimonios cuya valoración se cuestiona, rendidos por funcionarios tanto de la Fiscalía como de la Superintendencia Financiera que participaron, ese 25 de noviembre de 2008, en la diligencia de allanamiento y registro del inmueble donde funcionaba la entidad dirigida por los procesados, en torno a los diversos verbos rectores que conforman la descripción típica del punible de captación masiva y habitual de dineros, permitieron establecer:

Con Gustavo Santos, que en el edificio se hallaba un grupo numeroso de personas, pendientes unas de que les redimieran los bonos o les devolvieran su aporte, otras de que les entregaran los bonos prometidos y las demás de unas conferencias donde los directivos explicarían la situación de la entidad y las razones por las cuales no estaban pagando los beneficios.

Con Jorge Hernando Rico Monroy que en el lugar se hallaban unas 25 personas en los salones de la entidad tratando de reclamar beneficios unas, y otras afiliándose.

Con el investigador del C.T.I. Armando Cifuentes Ruiz, que la entidad, para cuando realizó algunas diligencias de verificación el 20 de noviembre de 2008, se hallaba funcionando normalmente, entró con unas 10 personas, los atendieron en el segundo piso donde un funcionario de Funsome dialogaba con unos 15 usuarios; en otro había unos 20 esperando que les entregaran bonos; en los pisos superiores existían cubículos con ventanillas y en cada una de éstas secretarías encargadas de recibir las inscripciones y documentos, a cambio de lo cual entregaban bonos.

Ya en la diligencia de allanamiento encontró publicidad de Funsome y formatos de inscripción o vinculación, así como folletos sobre charlas informativas.

También, así como lo ratificaron Luis Eduardo Forero Vargas y Benjamín Rodríguez Palacios,

se halló dinero en efectivo en cantidad superior a los 16 millones de pesos.

Con Jorge Humberto Lozano Moreno, que en el lugar había varias personas, unas estaban tomando alguna charla en salones, otras leían folletos de publicidad, catálogos y volantes de la fundación, según se lo comentaron sus compañeros de diligencia y las personas a quienes les preguntó.

Con Marco Fidel Martínez Albarracín, que a los clientes se les estaba informando sobre la reestructuración de la entidad de acuerdo con las nuevas normas. En esas charlas fueron enviados al tercer piso donde les entregarían los bonos a redimir en el supermercado que pondrían en el primer piso después del 15 de diciembre de 2008, entregándoles entonces una ficha con la cual reclamar los referidos bonos. También se encontró un número plural de personas reclamando los beneficios prometidos. La fundación se encontraba funcionando y tenía relaciones con personas naturales a las cuales les había recibido dinero.

Con Benjamín Rodríguez Palacios, además del hallazgo del dinero en efectivo y de talonarios de vinculación, unos diligenciados y otros no, que en el primer piso había un grupo de personas como haciendo las inducciones con un monitor y en el segundo piso otro grupo haciendo fila, sin especificar su finalidad.

Y con el contador del C.T.I., Martín Alonso Cárdenas, conjunto con hallarse formularios de afiliación, se determinó que durante el mes de octubre de 2008, la entidad recaudó \$9'487.500,00 por ese concepto.

El examen conjunto de esa prueba testimonial en correlación con la evidencia física hallada en el lugar del registro permite determinar que la fundación se encontraba funcionando normalmente para cuando el investigador de la Fiscalía realizó algunas diligencias de verificación el 20 de noviembre de 2008 y después cuando se realizó el allanamiento, el 25 del mismo mes y año. En aquella fecha se atendía a quienes pretendían vincularse al programa de beneficios sociales ofrecidos por la entidad y en efecto se les afiliaba por las

secretarias que despachaban desde sus cubículos, entregando a cambio bonos a redimir en supermercados.

Ya en el allanamiento, no sólo se encontró a personas que reclamaban por los beneficios ofrecidos o por la devolución de su aporte, o recibiendo información sobre la situación de la entidad, sino también a otras que buscaban afiliarse, efectos para los cuales se informaban a través de folletos publicitarios, volantes, catálogos de la entidad y charlas en las cuales se les prometió la posibilidad de que redimieran sus bonos a partir del 15 de diciembre de ese año en el supermercado que la propia entidad pondría a funcionar en el primer piso.

Pero además de la percepción que tuvieron dichos funcionarios, es incuestionable que fruto de la diligencia de registro, fue hallada publicidad de la entidad que ofrecía una serie de beneficios a cambio de la vinculación o afiliación, así como formularios para este efecto sin diligenciar y bonos no redimidos y dinero en efectivo en cantidad superior a 16 millones de pesos.

Por tanto, es cierto, según lo señala el censor, que uno de los testigos aseguró que algunas personas presentes en el lugar estaban siendo informadas sobre la situación de la entidad y las razones por las cuales no se pagaban los bonos o reclamando por éstos o por la devolución de sus aportes, pero no menos lo es que, no es ese el único hecho que les consta, pues también pudieron observar que otras de las muchas personas que allí concurrían, recibían información sobre la misión y visión de la entidad y su programa de beneficios sociales, mientras que a otras de las ya afiliadas se les prometía redimir sus bonos en un supermercado que la propia entidad pondría a funcionar en el primer piso de su sede a partir del 15 de diciembre de 2008.

Si a eso se suma la evidencia física hallada en el lugar, como los folletos y volantes de publicidad y los catálogos de la entidad, los bonos sin redimir y los formularios de vinculación sin diligenciar, cuyas imágenes se reprodujeron en la sentencia de primera

instancia, así como el dinero en efectivo, a la cual ninguna relación hizo el censor, evidente se hace lo infundado del reparo, pues de esa manera se patentiza sesgado en la medida en que solo considera hechos que favorecen la situación de los procesados, sin examinar la integridad de cada uno de los testimonios reseñados singularmente considerados, ni en conjunto entre sí y con la evidencia física.

El análisis de esa prueba en su total contenido material, contrario a lo argüido por el censor, permite establecer que en vigencia del Decreto 4336 de 2008, los procesados, en tanto directivos y socios de la fundación, ejecutaron hechos objetivos y notorios en términos del Decreto 4334 del mismo año, de captación masiva y habitual de dineros, desplegaron actos de desarrollo, promoción e inducción para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, por eso el reparo, como lo señalan Fiscalía y Ministerio Público, carece de prosperidad, pues, de acuerdo con lo considerado, la sentencia recurrida no incurrió en el error de hecho que por falso juicio de identidad se le atribuye por el impugnante.

Segundo cargo:

Además de infundada, la segunda censura se manifiesta contradictoria en la medida en que por una parte admite la viabilidad de la agravante que por la cuantía prevé el artículo 267 del Código Penal en relación con el delito de estafa acá imputado, pero por otro pretende que cada aporte de las más de 48.000 víctimas se aprecie en una cantidad que no supera el equivalente a 10 salarios mínimos mensuales legales, contradicción que se acentúa aún más si se advierte que por igual se acepta fenomenológicamente cometido un delito masa que en sentir del recurrente no excluye la aplicación del inciso 3º del artículo 246 ídem.

A no dudarlo, la imputación y la acusación comprendieron fácticamente la descripción de un delito masa en la medida en que se señaló que, por medio de artificios y engaños se obtuvo de cada una de las más de 48.000 víctimas una cantidad de dinero que no superó el 10% de

un salario mínimo de 2007 y 2008, solo que jurídicamente no se hizo la indicación respectiva, lo cual motivó a que con sujeción al axioma de congruencia, no fuera posible, en las sentencias de instancia, deducir la agravante que así se configuraba en términos del parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Descrito, por tanto, de un lado, fácticamente esa clase de delito y, de otro, admitido por el censor, que la relación de hechos en torno al punible de estafa así ejecutado “sin duda alguna corresponde a la descripción del llamado delito masa” mal puede arribarse a las conclusiones que en relación con la cuantía del ilícito pretende el censor.

Es que, si tal tipo de ilicitud se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, dentro de un plan con el que se afecta el patrimonio económico de un número indeterminado de personas, la cuantía del mismo no se determina por cada una de las conductas individualmente consideradas, sino por la suma de las mismas, pues aunque en su ejecución se producen defraudaciones con relación a una cantidad de individuos diferenciados en relación con quienes el sujeto activo pretende extraer dinero en diversas cuantías, el propósito de enriquecimiento deviene unitario.

“Trátase, ha dicho la Sala, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse”.

“(…) la mentada conducta punible admite la posibilidad de que con la acción timadora resulten plurales sujetos pasivos afectados en su patrimonio, y no excluye la eventualidad de que el sujeto activo de la ilicitud realice múltiples y reiterativos actos tendientes a la obtención de un solo propósito defraudador, que perdura y se materializa en el tiempo con fraccionados logros. Así las cosas, el engaño es único, como único también es el dolo en estos eventos, “porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único”, (Sentencias del 27 de septiembre de 1995, Rad. No. 8942; 27 de noviembre de 1996, Rad. No. 9308; 3 de diciembre de 1996, Rad. No. 8874; 26 de junio de 1999, Rad. No. 12.591; y 5 de septiembre de 2012, Rad. No. 27460, entre otras).

Por demás, no es posible, como lo propone el censor, desnaturalizar el delito de estafa a partir de fragmentar el aporte económico de cada uno de los vinculados al programa de beneficios sociales de Funsome, lo cual en sí mismo puede considerarse relativamente ínfimo a juzgar porque se trataba del 10% de un salario mínimo mensual de los años 2007 y 2008, pues, el beneficio patrimonial obtenido por quienes cometieron el punible, que a la vez perfecciona la ilicitud, lo representa la suma de todos esos pagos individuales. La cuantía se determina precisamente por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas.

“... cuando el sujeto activo del delito concibe una sola acción delictual de estafa, pero ejecuta varios actos dirigidos a la consecución del fin propuesto, en detrimento del ente abstracto único constituido por todas las personas que realizaron la apuesta o que pagaron el derecho a participar en el juego de suerte o azar, deberá entenderse que ello corresponde a un delito masa y la cuantía de la estafa lo será el monto global de todas las apuestas o la suma del precio que pagaron todas las persona por el derecho a participar en el juego.

En consecuencia, en estos casos la cuantía no será el valor del premio prometido, ni el costo que pagó cada persona por la apuesta o por el derecho a participar en el juego, sino el monto total del recaudo, que así se erige en producto del aprovechamiento indebido y, por ende, marca la consumación de la conducta punible", (Sentencia SP11839 de 2017).

Por tanto, como la cuantía del punible de estafa, objeto de este juicio se congloba en un solo monto, constituido por el total recaudado por los procesados a través de la fundación, forzoso es concluir que no se incurrió en la violación directa de la ley denunciada, lo cual implica que tampoco esta censura puede prosperar.

Tercer cargo:

Acusados como fueron los procesados por los punibles de captación masiva y habitual de dineros en concurso con los de negativa de reintegro y estafa agravada por la cuantía, el a quo profirió condena por los mismos dosificando su pena a partir de la que consideró de mayor gravedad, cual fue la establecida para la primera de dichas conductas, de modo que tras determinar los cuartos de movilidad y examinar los criterios de fijación punitiva, lo hizo en 120 meses de prisión y multa equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales para cada uno de los enjuiciados.

Sentada dicha base y dado el concurso material de conductas punibles, incrementó la pena así fijada en 32 meses de privación de la libertad y 44,44 salarios en la sanción pecuniaria, que correspondía a la tercera parte del mínimo señalado para el punible de negativa de reintegro, de manera que obtuvo así un parcial de 152 meses de prisión y multa equivalente a 144,44 salarios mínimos mensuales.

Finalmente, en torno al punible de estafa agravada, incrementó el anterior subtotal en 14 meses de prisión y multa de 29 salarios, que igualmente correspondía a la tercera parte del mínimo punitivo establecido legalmente para ese ilícito, por lo cual obtuvo un total sancionatorio para cada acusado, de 166 meses de privación de libertad y pena pecuniaria

equivalente a 173,44 salarios mínimos mensuales legales.

Sin embargo, bajo el concepto de apelante único los acusados y su defensor apelaron dicha decisión y así obtuvieron que el Tribunal la revocara en relación con el delito de negativa de reintegro, por el cual absolvió.

Empero, al abordar el ad quem la labor de redosificación punitiva a la cual en esas condiciones había lugar, si bien restó el incremento derivado de aquella conducta, incurrió en error al determinar la referida al punible de estafa agravada.

Así, con sujeción a los criterios fijados en la primera instancia tuvo por pena de mayor gravedad la señalada para el punible de captación masiva y habitual de dineros, esto es, 120 meses de prisión y multa de 100 salarios mínimos mensuales, pero a ella, por la concurrencia de la estafa agravada, le incrementó la tercera parte que equivale a 40 meses de prisión, mientras que en relación con la pecuniaria consideró que en atención al axioma de legalidad debía ser de 188.88 salarios, sólo que no la impondría por ser superior a la fijada por el a quo, de modo que la mantuvo en el equivalente a 173.44 salarios.

Tal forma de redosificación, como lo sostiene el censor, con el aval de la Fiscalía y el Ministerio Público, conculca la prohibición de reforma peyorativa, toda vez que respondiendo los procesados al concepto de apelante único, mal podía el Tribunal hacer más gravosa su situación.

En efecto, si bajo esas limitantes la segunda instancia debía ceñirse a los parámetros de dosificación punitiva fijados por el juez de primer grado, no le era dado aumentar la pena deducida para la captación masiva y habitual de dineros en una tercera parte, pues si bien el a quo se refirió a esa proporción lo fue en relación con la pena mínima legalmente establecida para el delito de estafa agravada, es decir, 14 meses de privación de libertad y sanción pecuniaria de 29 salarios mínimos mensuales, que debían, como en efecto se hará, sumarse a la pena base fijada por efecto del concurso de conductas punibles, de modo que

en esas circunstancias la sanción correspondía a 134 meses de prisión y multa equivalente a 129 salarios mínimos mensuales legales, lo que significa que en este sentido el cargo resulta debida y legalmente fundado, de modo que aparece que en el mismo se case parcialmente la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE el fallo recurrido para condenar a Arnulfo Ávila Lombana y a Manuel Antonio Gutiérrez Sánchez, cada uno, a la pena principal de 134 meses de prisión y multa equivalente a 129 salarios mínimos mensuales legales, como responsables de los delitos de captación masiva y habitual de dineros en concurso con el de estafa agravada.

Por lo mismo, las penas accesorias impuestas, lo serán por igual término al de la privativa de libertad antes señalada.

2. En lo demás la sentencia impugnada permanece incólume.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria