

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

SP5560-2019

Radicación n° 49848

(Aprobado acta n°. 331)

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado por los defensores de Renato Garcés Herrera, Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Lema Botero y Jorge Montañez Flórez contra la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2016 por el Tribunal Superior de Medellín, que revocó parcialmente el fallo absolutorio dictado por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí y, en su lugar, condenó a los nombrados y a Raúl Echeverri Toro, como coautores del delito de urbanización ilegal y, al primero y al último, además, por la conducta punible de estafa masa agravada.

HECHOS

Ocurrieron en el Municipio de Envigado, Antioquia, entre los años 2007 y 2008, cuando la sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A. promovió varios proyectos de vivienda entre ellos, los denominados “Tassel” en sus torres 2 y 3, “Il Torino” y “Amazon”, sin el cumplimiento de los requisitos legales para su construcción. A pesar de tenerse conocimiento que se trataba de una obra inviable, la empresa amparó su ofrecimiento en la Olicencia otorgada

para la construcción de la torre 1 de ese proyecto “Tassel”, logrando captar dinero de los compradores de los apartamentos de las torres 2 y 3, a quienes se les puso de presente la existencia de una fiducia que no cobijaba esos edificios porque solo existía para la torre 1; así mismo, se les advirtió que los dineros no podían ser consignados a dicha fiducia por cuanto se había llegado al punto de equilibrio del negocio, lo cual no era cierto, sino a las cuentas privadas de dicha sociedad. Fue así como se logró la captación de \$2.314.546.077.98, correspondientes a los pagos efectuados por 33 víctimas.

Durante los años 2007 y 2008, la empresa Inversiones Uno Más Uno S.A. tenía como representante legal a Raúl Echeverry Toro, mientras que Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Lema Botero, Jorge Montañez Flórez y Renato Garcés Herrera, hacían parte de la Junta Directiva de la sociedad.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 27 de septiembre de 2011, ante el Juzgado 1º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Envigado, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de la orden y el procedimiento de allanamiento, formulación de imputación a Renato Garcés Herrera, Jorge William Lema Botero, Jorge Montañez Flórez, Emiro Antonio Beleño Cordero, Iliana Echeverri Garrido y el 24 de octubre siguiente, a Hernando de Jesús Henao Velásquez¹ y Raúl Echeverri Toro por los delitos de urbanización ilegal y estafa masa agravada, cargos que no aceptaron, y fueron cobijados con medida de aseguramiento de detención preventiva, los tres primeros, y los demás con detención domiciliaria.

Conductas que también les fueron imputadas a Orlando de Jesús Trejos Múnera y Jairo Jiménez Jiménez, pero el primero suscribió preacuerdo con la Fiscalía y el segundo se allanó a los cargos formulados².

El 2 de enero de 2014, el Juez Primero Penal Municipal de Envigado concedió la libertad, por vencimiento de términos, a Renato Garcés Herrera, Jorge William Lema Botero y Jorge

Montañez Flórez 3.

2. Una vez la Fiscalía presentó el escrito de acusación el 20 de enero de 2012, por las mismas conductas punibles⁴, su formulación tuvo lugar el 11 de marzo y el 1º de agosto de 2013, bajo la dirección del Juzgado 2º Penal del Circuito de conocimiento de Itagüí⁵.

3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 5 de diciembre de 2013 y 16 y 18 de febrero de 2015⁶ y el juicio oral en sesiones que iniciaron el 30 de junio siguiente⁷ y culminaron el 17 de septiembre sucesivo, fecha en que se emitió sentido de fallo absolutorio⁸.

4. El 18 de diciembre posterior, el despacho absolvió a Raúl Echeverri Toro, Renato Garcés Herrera, Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Lema Botero, Jorge Montañez Flórez, Iliana María Echeverri Garrido y Emiro Antonio Beleño Cordero de los cargos formulados⁹.

5. El 1º de diciembre de 2016, el Tribunal Superior de Medellín, al desatar el recurso de apelación formulado por la Fiscalía, modificó parcialmente la decisión del A quo, en el sentido de revocar la absolución dispuesta a favor de Raúl Echeverry Toro, Renato Garcés Herrera, Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Lema Botero y Jorge Montañez Flórez y, en su lugar, condenar a los dos primeros, como autores de urbanización ilegal y estafa masa agravada, a la pena de 92 meses de prisión, multa de 1.713.64 s.m.l.m.v. y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el ejercicio de oficio o industria de construcción y el ejercicio del comercio, por tiempo igual a la sanción punitiva.

A los demás, como autores del delito de urbanización ilegal, a la pena de cincuenta (50) meses de prisión, multa de 1.282 s.m.l.m.v. y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y el ejercicio de oficio o industria de construcción.

Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y les concedió la prisión domiciliaria.

Confirmó la decisión del A quo de absolver a Henao Velásquez, Lema Botero y Montañez Flórez, por el delito de estafa masa agravada, así como a Iliana María Echeverri Garrido y Emiro Antonio Beleño Cordero, respecto de todos los cargos formulados¹⁰.

LAS DEMANDAS

I. A nombre de Renato Garcés Herrera

El libelista formula cinco cargos. Los tres primeros, relacionados con la conducta de urbanización ilegal y los restantes, frente al injusto de estafa masa agravada.

Primero.

Acusa la violación directa, «por aplicación indebida de las normas extrapenales que complementan el supuesto de hecho, descrito en el tipo penal en blanco de Urbanización ilegal».

Señala que, en lo referente al verbo rector “promover”, el Tribunal seleccionó como normas extrapenales, el artículo 99-1 de la Ley 388 de 1997 y el Decreto 564 de 2006, las cuales, según el censor, «no van dirigidas a la reglamentación de los requisitos exigidos para la promoción para su venta de proyectos constructivos (licencia de venta)», sino que se circunscriben a los presupuestos relacionados con las actividades de urbanización y construcción.

Por consiguiente, si la hipótesis fáctica era la promoción de los proyectos constructivos “Tassel”, torres 2 y 3, e “Il Torino” sin el lleno de los requisitos de ley, el Tribunal ha debido escoger la norma que se adecuara a esa circunstancia fáctica, la cual, para el periodo de

ocurrencia de los hechos (2007-2008), no era otra que el artículo 71 de la Ley 962 de 2005, reglamentado por el Decreto 2180 de 2006.

Al tenor de esa normativa, que previamente transcribe, la autorización para promover la venta de inmuebles se entendía constituida al momento de la radicación de los documentos allí señalados, de los cuales solo se aprecia la exigencia de una licencia, «la de urbanismo» -artículo 71, literal e) de la Ley 962 de 2005 y artículo 1º, literal d) del Decreto 2180 de 2006-, cuya existencia no se discute en el proceso y por esa razón la promoción cumplía con el lleno de los requisitos de ley, haciendo la conducta atípica.

La premisa del juez plural, «es que la licencia urbanística no era suficiente para promover la venta de los apartamentos», pues también se necesitaba obtener la licencia de construcción, requisito inexistente en la normatividad vigente al momento de los hechos y con ello generó una falsa adecuación típica o error de subsunción entre la conducta reconocida como probada en la sentencia y la hipótesis descrita en la norma, la cual no se ha materializado.

En punto de la trascendencia, aduce el demandante que «ante la aplicación de una disposición extraña, por no regular la conducta objeto de análisis, se mutó típico lo atípico, determinándose una responsabilidad penal frente a una conducta conforme a derecho».

Si el Tribunal hubiese realizado una correcta selección de la normatividad llamada a regular la promoción de proyectos constructivos, la conclusión no sería otra que la de absolver a su asistido.

Por lo anterior, solicita se sustituya la sentencia condenatoria, por una absolutoria.

Segundo (subsidiario)

Afirma el demandante que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley, por falso

juicio de existencia, al omitir la apreciación de pruebas trascendentes para la verificación de la conducta punible atribuida a su asistido.

Se refiere al testimonio de Ana Isabel Zea, -transcribe apartes- y las copias de los oficios RB-1147-2007 y RB-2507-2007, emanados de la oficina de planeación del Municipio de Envigado, «medios de prueba que fueron acreditados por el testimonio del Jefe de Planeación Municipal Juan Diego León Toro», los cuales certifican que la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A. radicó toda la documentación legalmente requerida para vender los inmuebles del proyecto “Tassel” torres 1, 2 y 3.

En punto de la trascendencia, señala que si el Ad quem hubiese estimado esos elementos, habría establecido que la sociedad constructora sí contaba con autorización legal para promover la venta de las edificaciones 2 y 3 de dicho proyecto, desde el momento de la radicación de la documentación exigida para tal efecto. Y para el proyecto “Il Torino”, la «licencia urbanística» permitía salir a pre-ventas, como en efecto lo hizo.

Por consiguiente, habría emitido fallo absolutorio, por no encontrarse probada la pretensión de la Fiscalía en cuanto a la promoción sin los requisitos de ley, máxime cuando ninguna de las pruebas estimadas por la colegiatura tiene capacidad «para desde un[a] sana crítica, desestimar la credibilidad de los medios de prueba omitidos en su valoración».

Explica que la condena a la junta directiva de la firma constructora está sustentada en los testimonios del Curador Urbano de Envigado, Antonio María Muñoz, quien no es competente para la expedición de licencias de venta, y del Jefe de Planeación, Juan Diego León Toro, quien sí ostentaba esa facultad y ante la exhibición de las pruebas omitidas, donde certificaba el registro de toda la documentación, «no tuvo más que admitir que el proyecto “Tassel” en todas sus etapas si tenían (sic) autorización para promocionar su venta».

Así lo corroboró Ana Isabel Zea, especialista en derecho urbano quien, en armonía con los artículos 71 literal e), de la Ley 962 de 2005 y 1º literal d) del Decreto 2180 de 2006,

explicó que para promocionar legalmente el proyecto se requería de licencia urbanística, no de construcción.

A juicio del censor, los elementos que sustentan la decisión condenatoria son desvirtuados por los medios excluidos de valoración que, al ser integrados, generan convicción razonada sobre la atipicidad de la conducta imputada a Renato Garcés Herrera.

Tercero (subsidiario).

Según el letrado, frente a condena por el delito de urbanización ilegal se incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, «al valorarse de manera parcial» el testimonio de Juan Diego León Toro, Jefe de la Secretaría de Planeación de Envigado, por cercenamiento del contrainterrogatorio efectuado por la defensa.

De los apartes que dice recortados -los transcribe-, se desprende que la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A., sí tramitó y obtuvo las licencias para la promoción y venta del proyecto “Tassel”, torres 2 y 3. Por lo tanto, la valoración realizada por el Tribunal, «no es una deducción lógica del poder suasorio de la integralidad del testimonio», en la medida que el deponente reconoció que su despacho había otorgado las licencias de promoción solicitadas.

La correcta estimación de la prueba en comento, en su integridad, le permitía al juez colegiado conocer la concesión de la autorización para la promoción de los proyectos de la Sociedad Inversiones Uno Más Uno, licencia que operaba desde la radicación de toda la documentación legalmente exigida, para el efecto, el artículo 71 de la Ley 962 de 2005.

Desde la sana crítica, ningún otro medio de prueba tenía la capacidad de demostrar lo contrario, porque la oficina competente para el otorgamiento de la licencia de promoción y venta era, precisamente, la Secretaría de Planeación del Municipio de Envigado, determinando así la atipicidad del comportamiento.

En relación con la conducta punible de estafa, formula tres cargos.

Primero (principal)

Violación directa por aplicación indebida del artículo 246 del Código Penal.

Aduce el censor, que en el análisis de los elementos constitutivos del punible de estafa y su adecuación con los hechos establecidos como probados por el fallador, el relativo a la obtención de provecho ilícito para sí o para otro «no tuvo confirmación probatoria en el análisis realizado en la sentencia».

Inclusive, ese elemento objetivo fue confundido con uno subjetivo, como es, el ánimo de lucro.

Dijo la colegiatura que el propósito inicial de la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A. era la realización de un proyecto con una finalidad lícita y, prueba de ello es que el dinero captado fue invertido en el proyecto, en la adquisición del 30% del lote, en el pago de las licencias y la compensación de franjas con el municipio.

De esa manera, el fallador reconoció la inexistencia de un incremento económico indebido, «no siendo el detrimento patrimonial de los promitentes compradores consecuencia de un provecho ilícito de los procesados, en tanto tal provecho no ocurrió».

El fracaso del proyecto, explica el demandante, generó un quebranto económico para todos -socios de la empresa, promitentes compradores y proveedores- y la falta de liquidez en un momento del desarrollo, que fue la causa de su suspensión temporal, implicó la pérdida de confianza de los clientes, quienes en su mayoría dejaron de pagar sus cuotas y ello produjo incapacidad financiera de la sociedad para continuar sus proyectos, pese a los esfuerzos para la consecución de un crédito constructor o la cesión del proyecto a un tercero.

Luego de ilustrar con jurisprudencia sobre el provecho ilícito, como elemento de la estafa, insiste que se hacía necesario establecer su existencia pues la ausencia de beneficio patrimonial de los procesados y consiguiente liquidación de los activos de la sociedad, debió conducir a una atipicidad subjetiva, porque «de lo contrario, toda pérdida colectiva de dinero, consecuencia de la impericia de los promotores de un proyecto empresarial, que no puede ser desarrollado por llegar a un estado de iliquidez financiera, sería calificado como Estafa».

Concluye que la condena a su defendido, por dicha conducta punible, sin existir provecho ilícito, «conforme se encuentra probado en los hechos reconocidos por la sentencia», estructura el yerro por aplicación indebida, el cual debe ser restablecido casando la sentencia.

Segundo (subsidiario)

Con apoyo en la causal segunda, reprocha que la sentencia recurrida no fue congruente con la acusación, en lo relativo a la forma de participación en calidad de coautores por representación, como miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A., hecho reclamado por la Fiscalía en su pretensión, y la establecida en el fallo en relación con Renato Garcés Herrera como autor material, por fuera del órgano de representación legal.

Explica el actor que, con independencia del desacierto dogmático de la Fiscalía al plantear una coautoría por representación en un tipo penal con sujeto activo genérico como es la estafa, la verificación de la hipótesis acusatoria estaba circunscrita a la participación de los acusados como miembros de la junta directiva, según se evidencia del escrito de acusación, su formulación oral y los alegatos de cierre en el juicio oral.

Después de transcribir apartes de dichas intervenciones insiste en que, si la acusación se sustentó en las conductas presuntamente realizadas por Renato Garcés Herrera y otros, en

calidad de miembros de la Junta Directiva, el Tribunal estaba en la obligación de verificar, conforme a la prueba, la realidad de esa proposición.

En lugar de ello, extendió los hechos por fuera de la acusación, a la calidad que ejerció su defendido como gerente de ventas, rol diferente al de miembro de la junta, inclusive, parcialmente, en distintos momentos temporales.

Concreta que, a su prohijado se le acusó de la conducta punible de estafa por ser miembro de la junta directiva de la sociedad en el año 2006, y el Ad quem dio por probado que el mantenimiento en error se realizó entre los años 2007 y 2008, con independencia de si, en ese periodo, pertenecía o no a la junta directiva, al identificarse que, en calidad de gerente de ventas, contribuyó al mantenimiento en error, hecho que no fue descrito por la Fiscalía en la acusación, en desconocimiento de los principios de imparcialidad, contradicción y veracidad.

Solicita que, en garantía del debido proceso, quebrantado por el yerro aducido, este debe ser remediado con la casación del fallo recurrido y el proferimiento de uno sustitutivo de carácter absolutorio a favor de su defendido.

II. A nombre de Hernando de Jesús Henao, Jorge Lema Botero y Jorge Montañez Flórez.

Los defensores, quienes presentan el libelo de manera conjunta, identifican los sujetos procesales, la sentencia recurrida, los hechos y la actuación surtida.

Luego formulan cuatro cargos.

Primero: nulidad por afectación al debido proceso

Con sustento en la causal segunda de casación, aseguran que se incurrió en dicha irregularidad, toda vez que se escindió una etapa esencial de la actuación, cual es, la

audiencia de individualización de pena y sentencia, porque se omitió dar traslado a las partes e intervinientes para que se manifestaran sobre las condiciones individuales, familiares y sociales, entre otras, en desmedro del derecho a la defensa material y técnica.

Explican que los elementos de persuasión dejados de practicar, atinentes al cumplimiento de más de las tres quintas partes de la pena, así como el tiempo de privación de la libertad en detención domiciliaria y los descuentos de ley por trabajo y estudio, eran categóricos para evaluar la concesión de la suspensión condicional de la pena.

En consecuencia, solicitan anular lo actuado «a partir del inicio de esa vista pública».

En desarrollo de la censura se apoyan en la sentencia SP2144-2016, radicado 41712, del 24 de febrero de 2016, entre otras reflexiones, y al cabo de tal disertación señalan que el Tribunal, al no dar traslado a la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, hizo caso omiso a dicho pronunciamiento, «que fundamenta la argumentación de este cargo».

Se trata de un yerro trascendente que desconoce la garantía fundamental al debido proceso de sus representados, razón por la cual, se hace necesaria la intervención de la Corte en aras de reparar el agravio y cumplir con las finalidades del recurso.

Segundo: violación directa

Acusan la indebida aplicación de las normas extrapenales que complementan el supuesto del delito de urbanización ilegal.

Comentan que se trata de un tipo penal en blanco y que el Tribunal tomó como sustento normativo extrapenal, en lo referente al verbo rector promover, la Ley 388 de 1997, artículo 99-1 y el Decreto 564 de 2006, que no reglamentan los requisitos exigidos para la promoción o venta de los proyectos constructivos, en cuanto se refieren a los

condicionamientos para adelantar actividades de urbanización y construcción.

Si la hipótesis fáctica «objeto de adecuabilidad típica» era la promoción de los proyectos constructivos “Tassel”, torres 2 y 3 e “Il Torino”, sin el lleno de los requisitos legales, el Tribunal ha debido seleccionar la norma que encajara en esa circunstancia, que de acuerdo al periodo de ocurrencia de los hechos –años 2007 y 2008-, es la Ley 962 de 2005, artículo 71, y el Decreto 2180 de 2006, que desarrolla este precepto.

Previa cita de cada uno, aducen que ellos contemplan los requisitos para promover legalmente la venta de inmuebles en un proyecto constructivo y que esa autorización se entendía legalmente constituida al momento de la radicación de los documentos, de los cuales solo se aprecia la exigencia de una licencia, «la de urbanismo», artículos 71, literal e) de la Ley 962 de 2005 y 1º, literal d) del Decreto 2180 de 2006.

Por consiguiente, erró el Tribunal «al manifestar que la licencia urbanística era insuficiente para promover la venta de apartamentos», porque se necesitaba la licencia de construcción, generando una falsa adecuación típica o error de subsunción entre la conducta reconocida como probada en la sentencia y la hipótesis descrita en la norma.

Lo anterior se confirma, además, con lo expuesto en el juicio por Juan Diego León Toro, en la sesión del 9 de julio de 2009, apartes que traen a colación.

Si el juez colegiado no hubiera incurrido en el yerro, habría confirmado el fallo absolutorio de primera instancia porque: i) aplicó una disposición extraña que no regula la conducta punible, se mutó típico lo atípico; ii) el correcto estudio de la normatividad vigente para la época de los hechos, sobre la regulación de promoción de proyectos constructivos, llevaba a concluir que los procesados obraron con el deber y la diligencia debida; iii) con base en los actuales planteamientos dogmáticos, se requiere establecer, a partir de criterios netamente jurídicos, si el aporte de cierta condición causal fue determinante en el resultado obtenido; iv) se soslayó la obligación del juez, de apoyar sus decisiones en pruebas aportadas al juicio,

como expresión de la carga que le asiste al ente acusador para desvirtuar la presunción de inocencia; y, v) se generó un daño irreparable, porque no hay forma de restablecer el derecho afectado.

Tercero: violación indirecta

Acusan un error de hecho por falso juicio de identidad, porque el Ad quem tergiversó el contenido de la declaración rendida por Juan Diego León Toro, Jefe de Planeación del Municipio de Envigado.

Aseguran que lo expuesto por ese testigo, es totalmente contrario a lo valorado por el Tribunal porque la sociedad sí tramitó y obtuvo las licencias para la promoción y venta del proyecto "Tassel", torres 2 y 3.

En cuanto a la repercusión del desacierto, dicen que si no se hubiese distorsionado aquella declaración se habría confirmado la decisión absolutoria de primera instancia, puesto que: i) de acuerdo con lo expuesto por el directivo de planeación, no se logra estructurar el injusto de urbanización ilegal al no concurrir ninguno de sus verbos rectores, pues reconoció que el despacho a su cargo otorgó las licencias de promoción solicitadas por la empresa y, por lo tanto, se cuenta con todos los requerimientos aplicables al asunto (Ley 962 de 2005); ii) ninguna prueba demuestra que ese dicho carece de validez jurídica; iii) con base en los actuales planteamientos dogmáticos, se requiere establecer, a partir de criterios netamente jurídicos, si el aporte de cierta condición causal fue determinante en el resultado obtenido; iv) en tal sentido, no es posible imputar jurídicamente un resultado respetuoso de la legalidad, si se prueba la atipicidad de la conducta descrita en el artículo 318 del Código Penal, con la misma evidencia aportada por la Fiscalía; y, v) se ha generado un daño que solo es reparable con la casación del fallo cuestionado y la confirmación del absolutorio de primera instancia a favor de sus asistidos.

Cuarto: violación indirecta

Reprochan que el fallador incurrió en falso juicio de existencia, al dejar de valorar el testimonio de la abogada Ana Isabel Zea practicado en la sesión del juicio oral del 13 de agosto de 2015.

Anuncian los defensores que harán la transcripción de los apartes relevantes, «cuya valoración desde la sana crítica necesariamente refuta el cargo incriminatorio establecido por la Fiscalía».

Al cabo de ese ejercicio, aseguran que si el juez colegiado hubiese valorado la parte del interrogatorio que le hizo a la testigo la defensa de Renato Garcés García, hubiese determinado que los ilícitos enrostrados a sus procurados «se encontraban refutados» porque la sociedad constructora sí contaba con autorización legal para promover en venta las torres 2 y 3 del proyecto “Tassel”, desde el momento de la radicación de los documentos exigidos para ese efecto. Y, en lo que respecta al proyecto “Il Torino”, la existencia de la «licencia urbanística» le permitía a la empresa salir a pre-ventas, como en efecto lo hizo.

Estos hechos fueron probados en el juicio oral, pero ignorados por el Ad quem, lo cual adquiere relevancia si se tiene en cuenta que ninguna de las pruebas apreciadas tiene el valor suasorio para desestimar, desde la sana crítica, la credibilidad del testimonio omitido.

Explican que el fallo condenatorio se soportó en los testimonios del Curador Urbano del Municipio de Envigado, Antonio María Muñoz, y del Jefe de Planeación, Juan Diego León Toro, siendo que el primero no es competente para la expedición de las licencias de venta y, por tanto, su manifestación sobre la legitimación para la promoción de los proyectos por parte de la sociedad constructora, fue una mera opinión ajena a su dominio funcional; y el segundo, que sí es el competente para el otorgamiento de licencia de construcción, ante la exhibición de los medios de prueba documentales, omitidos en su valoración por la sentencia, no tuvo más que admitir que el proyecto “Tassel”, en todas sus etapas, contaba con autorización para promocionar su venta.

Así lo corroboró la técnico especialista en derecho urbano, abogada Ana Isabel Zea, quien explicó que el requisito para promocionar el proyecto, era la licencia urbanística y no la de construcción, en armonía con los artículos 71, literal e) de la Ley 962 de 2005 y 1º, literal d) del Decreto 2180 de 2006.

Solicitan casar el fallo condenatorio dictado contra sus defendidos y, en su lugar, proferir sentencia absolutoria a su favor.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Los defensores de Renato Garcés Herrera, Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Botero y Jorge Montañez Flórez, reiteran, en lo fundamental, los planteamientos de sus reproches.

2. El señor Fiscal Delegado ante la Corte solicita no casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

2.1. En relación con el cargo por nulidad, por afectación sustancial del debido proceso, aduce que no está llamado a prosperar porque la audiencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, no es necesaria cuando el Tribunal revoca la sentencia absolutoria y en su lugar condena, tal como lo tiene dicho esta Corporación en variada y nutrida jurisprudencia. Cita como referente, la decisión del 25 de octubre 2017, rad 44819.

Tampoco observa irregularidad frente a la dosificación de la pena, en tanto el Tribunal se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad, a pesar de la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo, y a los procesados se les abonó como parte cumplida de la pena impuesta, el tiempo que estuvieron privados de la libertad y se les concedió prisión domiciliaria, bajo caución prendaria, de apenas cinco (5) s.m.l.m.v.

Por último, recuerda que el mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena no era

procedente, sencillamente, porque no se cumplía el requisito objetivo.

2.2. En lo atinente al reparo por incongruencia, señala que el demandante no logró demostrar la afectación del debido proceso y el derecho de defensa del procesado Renato Garcés Herrera. Las divergencias jurídicas o dogmáticas entre la acusación y el fallo condenatorio, en punto del grado de participación, no traducen un tratamiento punitivo desfavorable, ni altera el núcleo fáctico de la imputación. Si bien la fiscalía dedujo una coautoría por representación respecto del delito de estafa, por el hecho de haber actuado como miembro de la junta directiva de la sociedad Uno Más Uno S.A., y el Tribunal lo condenó simplemente como coautor, ello no tiene repercusión en la pena que le fue impuesta, porque es innegable que para ambas categorías está previsto el mismo tratamiento punitivo en el artículo 29 del Código Penal.

Enfatiza que se respetó el núcleo fáctico de la citada conducta punible, toda vez que la Fiscalía y el Tribunal atribuyeron al procesado haber participado personal y directamente en los artificios y engaños que condujeron a la defraudación patrimonial de un número importante de personas, respecto de las torres 2 y 3 del proyecto "Tassel", las cuales nunca se construyeron porque desde el comienzo se sabía que era inviable, al no contar con licencia de construcción, ni contrato de fiducia para manejar los recursos, y aun así, con pleno conocimiento de esa realidad los socios de la empresa y demás participantes lograron apropiarse de la suma de \$2.314.546.077.

Los dineros se recaudaron entre el 26 de marzo de 2007 y el 3 de marzo de 2008, y Garcés Herrera perteneció a la junta directiva hasta abril de 2007, es decir, un mes después de haberse comenzado a recibir dicho capital.

Además, obran testimonios que lo acusan de haber convertido la constructora en una oficina de negocios al margen de la ley, de lo cual se infiere una participación activa en el aludido proyecto inmobiliario, al punto, que era la cabeza visible, pues lideró varias

reuniones, ofreció ventas mostrándolo como muy confiable y exhibiendo estados financieros que resultaron ser falsos.

El hecho de que Garcés Herrera niegue su pertenencia al organismo societario, resulta realmente irrelevante porque, como lo dijo el Tribunal, materialmente actuaba como coautor del delito contra el patrimonio económico, en el que el sujeto activo es indeterminado, no necesita ni se exige una calidad.

2.3. Frente a la censura por violación directa de la ley sustancial, aduce el fiscal delegado que también está llamada al fracaso, porque el hecho se encuadró en el tipo penal en blanco de urbanización ilegal con el auxilio de normas extrapenales que permitieron completar adecuadamente su descripción típica. La hipótesis fáctica atribuida a los autores acusados, consistió en promover, entre marzo de 2006 y junio de 2008, los proyectos de vivienda denominados “Tassel”, torres 2 y 3, “Il Torino” y “Amazon”, sin el lleno de los requisitos legales consagrados en los decretos 564 de 2006, 1056 de 1998 y la Ley 388 de 1997, todos vigentes para la época de los hechos.

Estas normas muestran cómo no era posible promover, es decir, anunciar la venta de unos inmuebles destinados a vivienda y mucho menos recibir dineros con ese propósito sin la respectiva licencia de construcción, lo cual en este caso fue soslayado deliberadamente por los acusados.

Explica que la licencia de construcción es una clase de licencia urbanística, que se requiere para construir una obra nueva destinada a la vivienda, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen, lo complementen y demás normativas que regulen la materia.

Recuerda que la licencia de construcción solo fue obtenida para la torre 1 del proyecto “Tassel”, nunca para las torres 2 y 3; en consecuencia, el cargo no debe prosperar.

2.4. El reproche por violación indirecta de la ley sustancial, por la vía del falso juicio de identidad y de existencia por omisión, respecto de los testimonios de Juan Diego León Toro, Jefe de Planeación de Envigado y Ana Isabel Zea, especialista en derecho urbano al servicio de la empresa Uno Más Uno S.A., de quienes se intenta derivar la posibilidad de promover, vender o recibir dineros de potenciales compradores con la simple radicación de los documentos, basta señalar que de la declaración del primero, el Tribunal extrajo lo esencial de su dicho, esto es, que la licencia urbanística no sirve para promover la venta de apartamentos y la de construcción es necesaria para autorizar la venta de apartamentos. En el caso presente, solo se autorizó la licencia de construcción para la torre 1 del proyecto “Tassel”, no para las demás edificaciones de las cuales se apropiaron los dineros.

Respecto del testimonio de la abogada experta Ana Isabel Zea, quien dijo que era factible la promoción y publicidad de obras a construir de acuerdo con la costumbre mercantil en Colombia, la colegiatura se apoyó en la sentencia C-486 de 1993 para precisar que las prácticas sociales, por reiteradas que sean, no pueden tener fuerza vinculante jurídica cuando se oponen a lo prescrito o a lo prohibido por la Ley.

La exponente afirmó, categóricamente, que solo se otorgó licencia de construcción para la torre 1 del edificio “Tassel”.

Por lo demás, en la censura se dejó de lado el análisis de las actas de asamblea del 18 de abril de 2006 y 7 de abril de 2007, así como los testimonios de las víctimas que corroboran los fundamentos probatorios de la sentencia impugnada.

3. La representante del Ministerio Público solicita no casar la sentencia recurrida.

3.1. En cuanto al primer cargo de la demanda presentada a nombre de Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Lema Botero y Jorge Montañez Flórez, considera que la nulidad planteada no tiene vocación de prosperidad, pues si bien el ordenamiento jurídico consagra el traslado a las partes para los fines del artículo 447 de Ley 906 de 2004, ello

ocurre en la etapa de juicio, actuación que no se surtió porque aquellos fueron absueltos en primera instancia.

El Ad quem, al momento de dictar el fallo de condena, tiene supeditada su intervención a los asuntos inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

De otra parte, el competente para realizar el análisis de las solicitudes hechas por los defensores, acerca del tiempo cumplido, los antecedentes personales, sociales, los requisitos previstos en la ley para la concesión o no de la suspensión condicional y la libertad por cumplimiento de la pena, es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

3.2. Respecto de las censuras dos, tres y cuatro, de los libelos formulados a nombre de Hernando de Jesús Henao y otros, dice que los analizará en conjunto con los cargos uno, dos y tres de la demanda presentada por la defensa de Renato Garcés Herrera, ante la identidad argumentativa de los motivos de reproche.

3.3. Frente al cargo por violación directa, considera que las normas seleccionadas por el Tribunal, esto es, el artículo 99, numeral 1° de la Ley 388 de 1997 y el Decreto 564 de 2006, son las adecuadas porque se relacionan con llevar a cabo acciones de división, parcelación, urbanización o construcciones de vivienda y en ambas se dice que es necesario que el curador urbano o la autoridad municipal expida la autorización previa. Entonces, deben ser analizados en conjunto, porque reglamentan disposiciones relativas a licencias urbanísticas, al reconocimiento de edificaciones y a la función pública que desempeñan los curadores urbanos, entre otros.

3.4. En cuanto a los reparos de apreciación probatoria, manifiesta la señora Procuradora, que el Tribunal no tergiversó el testimonio de Juan Diego León Toro, Jefe de Planeación del municipio, pues este fue muy claro en manifestar lo relacionado con los permisos urbanísticos y señaló que la Secretaría de Planeación hace seguimiento a todos esos

procesos de licencias, siendo el más importante verificar la legalidad de todas las licencias otorgadas por las curadurías. En su testimonio también precisó que a la licencia otorgada por la curaduría de Envigado al proyecto “Tassel”, se le hizo un examen de cumplimiento de los requisitos conforme al plan de ordenamiento y de planeación; que la licencia urbanística se le suministra a cualquier lote y es el reflejo del reparto de cargas y beneficios que puede tener un proyecto y que para tener una licencia de ventas se requiere el cumplimiento de unos requisitos, entre ellos, obtener la licencia de construcción, la cual se había dado al proyecto “Tassel”, pero para la torre 1, nunca para las torres 2 y 3.

3.5. En relación con el testimonio de la abogada Ana Isabel Zea, el Tribunal consideró que no era necesario tenerlo en cuenta y se basó en otros medios probatorios, como las declaraciones de Juan Diego León Toro y Antonio María Muñoz, y las actas de las asambleas de accionistas de la sociedad Uno Más Uno S.A., todo ello en virtud de la libertad probatoria con que cuenta el funcionario judicial para fallar.

3.6. En cuanto al cargo formulado por la defensa de Renato Garcés Herrera, relacionado con el delito de estafa, aduce que la conducta se encuentra debidamente tipificada porque quedó demostrado el despliegue de una serie de artificios, a partir de la construcción de la unidad residencial “Recintos de la Abadía”, realizados entre los años 2004 y 2007, así como la licencia que se le había otorgado a la urbanización “Tassel” para la torre 1.

Esas maniobras consistieron en utilizar una fiducia que no cobijaba efectivamente la construcción de las torres 2 y 3 así como el engaño a que fueron sometidas las víctimas, de consignar la plata en cuentas privadas de la empresa, con el argumento que se había llegado al punto de equilibrio, es decir, que los dineros ingresados ya tenían cubierto el costo y por lo tanto lo demás era ganancia. También se les ocultó a los promitentes compradores, todos los inconvenientes que ya se veían venir y, no obstante, se les continuó exigiendo el pago de los dineros para estar a paz y salvo.

Así quedó demostrado con los testimonios de las víctimas Claudia Patricia López Arcila, Natalia Andrea Rojas, Gabriel Jaime Salazar, Mónica María George y Dinora del Pilar Durán, donde no queda duda del artificio utilizado por la empresa para inducir en error a las personas que invirtieron en el proyecto “Tassel”, especialmente en la construcción de las torres 2 y 3.

El delito de estafa se imputó en modalidad de masa por ser un fenómeno que afectó diversos clientes que resultaron afectados y agravada por la cuantía, toda vez que el monto de los recaudos superó los 100 s.m.l.m.v.

3.7. En cuanto al cargo por incongruencia, concreta que el Tribunal no se apartó del escrito de acusación, puesto que la Fiscalía imputó la autoría a Renato Garcés Herrera, no solo por ser miembro de la junta directiva de la sociedad Uno Más Uno S.A, sino también por su actuar en todas estas actividades tendientes a engañar los promitentes compradores.

CONSIDERACIONES

Cuestiones preliminares

1. En atención a que los defectos formales que puedan contener los libelos de casación, se entienden superados con su admisión, la Sala procederá a resolver de fondo los planteamientos formulados por los recurrentes, no sin antes advertir que algunos de ellos serán estudiados en forma conjunta, ante la identidad temática de sus planteamientos, para evitar reiteraciones innecesarias.

2. De otra parte, en virtud del principio de prioridad que rige el recurso, la Sala iniciará por el estudio de los reparos propuestos con sustento en la causal de nulidad porque, de prosperar alguno de ellos, se impone remediar la situación irregular, bien con la invalidación del trámite, lo cual eximiría de analizar las demás censuras, o a través de un pronunciamiento que subsane el desafuero cometido.

En caso contrario, continuará con el examen de los cargos comunes, relacionados con el delito de urbanización ilegal y, por último, abordará el reproche atinente al injusto contra el patrimonio económico.

I. Causal segunda: Nulidad

1. Afectación al principio de congruencia, frente al delito de estafa masa agravada.

El defensor de Renato Garcés Herrera afirma que la Fiscalía acusó a su asistido en calidad de coautor por representación, como miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A., mientras que el Tribunal lo condenó como autor material, por fuera del órgano de representación legal, actuación que considera lesiva del debido proceso.

El principio de congruencia, como garantía estructural de la actuación, comporta que el fallo debe guardar armonía con la acusación en los aspectos fáctico y jurídico, toda vez que, en términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el procesado no puede ser condenado por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena.

Es distintas oportunidades, la Corte ha señalado los eventos en que el funcionario judicial infringe ese postulado.

En una de ellas, (CSJ AP-6587-2016, rad. 48660), se pronunció así:

En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. entre otras, CSJ SP, 6 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27518, y CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 29338), se quebranta ese postulado cuando se condena en alguno de los siguientes escenarios: (i) por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación; (ii) por un delito que no se mencionó

fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; (iii) por el injusto atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación, (iv) suprimiendo una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. Y, tratándose del elemento fáctico, ha afirmado que el aludido principio se vulnera si se desconoce el núcleo esencial de la imputación fáctica (CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649, y CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253).

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación dio paso a la denominada congruencia flexible, en virtud de la cual es viable que el juez se aparte de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía y condene por un delito distinto.

Así lo reiteró la Sala recientemente (SP792-2019, Rad. 52066) al señalar que,

...como la congruencia no es estricta, sino flexible, es viable que, sin lesionar dicho principio, el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y condene por un reato diverso al allí imputado, siempre que,

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad —en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal—;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes» (CSJ AP5715-2014).

En esa misma decisión, se precisó que:

El proceso regido por la Ley 906 de 2004, entonces, adopta un sistema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica, en virtud del cual el principio de congruencia se satisface si se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, mientras que la calificación jurídica puede ser modificada durante el proceso «por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa» (CSJ SP4792-2018).

De las anteriores reflexiones surge incuestionable que el planteamiento del demandante no encaja en alguno de los supuestos que determinan la vulneración al principio de congruencia, porque si bien la Fiscalía acusó a Renato Garcés Herrera en calidad de coautor por representación, como miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A., mientras que el Tribunal lo condenó como autor material del delito de estafa, ello no traduce alteración fáctica ni jurídica de la acusación, ni comporta afectación de las garantías del procesado, en la medida que el artículo 29 del Código Penal consagra idéntico tratamiento punitivo para ambas categorías.

Además, ninguna divergencia se puede predicar cuando, de manera expresa, la colegiatura puntualizó que de los artificios o medios engañosos mencionados por la Fiscalía, el que resultó apto para inducir y mantener en error a las víctimas se contrae a «que se haya captado dinero de los compradores de las Torres II y III del proyecto “Tassel” bajo el argumento de que se había llegado al punto de equilibrio, conduciendo la consignación de dineros a las cuentas privadas de la sociedad, sin abrir nueva cuenta fiduciaria que cobijara a las Torres II y III, ni licencia de construcción para las mismas» y que, de esa manera, fue como se generó el convencimiento y la confianza de los ciudadanos afectados.

Consecuente con esa postulación del ente acusador, el Ad quem advirtió que la responsabilidad de Renato Garcés Herrera no se infiere, únicamente, de su pertenencia a la junta directiva de la sociedad. Por lo tanto, nada evidencia que hubiese extendido los hechos por fuera de la acusación, porque no es cierto que el fiscal la motivó, simplemente,

en que dicho procesado fue miembro principal de la empresa, sino también en su directa participación en la defraudación del patrimonio de los compradores, conforme se verifica en el recuento de las actividades desplegadas por los integrantes de la junta directiva; entre ellas, la promoción de las torres 2 y 3 de “Tassel” que nunca se construyeron, la realización de negocios en la sala de ventas, la firma de documentos de compromiso y promesas de compraventa.

De manera concordante, frente a éste procesado, el Tribunal refirió:

En cuanto a los demás acusados, la Sala colige la responsabilidad del señor Renato Garcés Herrera con base en los testimonios que lo ubican ofreciendo los proyectos Tassel torre[s] II y III; esto es, su responsabilidad no se infiere de la mera pertenencia a la junta en un lapso de tiempo determinado, causa por la cual el que no hubiera expresamente aceptado su pertenencia a ese organismo societario resulta siendo irrelevante; pues materialmente actuaba como coautor de la infracción contra el patrimonio económico, en la que el sujeto activo es indeterminado y no se requiere que ostente una calidad o cualidad especial¹¹.

Ese razonado señalamiento indica que el juicio de responsabilidad permanece incólume porque, con independencia de que Garcés Herrera hiciera parte de la junta directiva en un lapso determinado del 2006 y el 2007¹² y luego no aceptara su reelección en la asamblea del 25 de abril de 2007¹³, lo verdaderamente importante es que ejecutó actos materiales que determinaron el perjuicio patrimonial de las víctimas.

Igualmente, a tono con la acusación, el juez plural dedujo la estafa en la modalidad de delito masa porque recayó en una pluralidad de personas, y agravada por la cuantía que, según dictamen pericial contable, ascendió a \$2.314.546.077.00.

El reparo no tiene vocación de prosperidad.

2. Desconocimiento del debido proceso.

Los defensores de Hernando de Jesús Henao, Jorge Lema Botero y Jorge Montañez Flórez reprochan que el fallador de segunda instancia escindió una etapa esencial de la actuación, cual es, la audiencia de individualización de pena y sentencia, porque omitió dar traslado a las partes e intervinientes para que se manifestaran sobre las condiciones individuales, familiares y sociales, entre otras, en desmedro de la defensa material y técnica.

En realidad, ninguno de tales argumentos tiene la capacidad para desarticular el criterio pacífico y reiterado de esta Corporación, acerca del alcance de la audiencia prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido que esa diligencia no fue prevista para la segunda instancia.

Así, en la sentencia del 14 de agosto de 2012, radicado 38467, (reiterada, entre otras en CSJ AP3383-2015, Rad. 45283 y AP5148-2015, Rad. 42754) se dijo:

En efecto, la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que este sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.

En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad. quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción.

Con el propósito de controvertir esa postura, los recurrentes aseguran que el Tribunal hizo caso omiso a la sentencia de casación SP2144-2016, radicado 41712, sin atender que la situación analizada es distinta a la propuesta en la censura, porque allí no se trató de la

omisión de celebrar la comentada diligencia cuando en segunda instancia se ha revocado la absolución y proferido condena, como es el tópico que postulan. En esa ocasión, la problemática planteada se hizo consistir en no dar traslado a las partes para ejercer el derecho de contradicción, de los informes ordenados de oficio por el juez de conocimiento, al interior de la audiencia prevista en el precitado artículo 447 y que, como tal, condujo a retrotraer la actuación hasta antes de la lectura del fallo de primera instancia para subsanar las irregularidades advertidas.

La falta de razón de los defensores también se constata cuando afirman la afectación de garantías fundamentales de sus asistidos, al señalar que se dejaron de valorar elementos de persuasión atinentes al cumplimiento de más de las tres quintas partes de la pena, el tiempo de privación de la libertad en detención domiciliaria y los descuentos de ley por trabajo y estudio, los cuales, aseguran, eran categóricos para evaluar la concesión de la suspensión condicional de la pena y la libertad por cumplimiento de la misma.

Fuerza recordar, que la negativa del sustituto obedeció al monto de la sanción impuesta en la sentencia, en la medida que el artículo 63 del Código Penal consagra los requisitos para suspenderla y si, como ocurre en este caso, no se acredita el presupuesto objetivo previsto en el numeral 1°, esto es, que la pena de prisión no exceda de 4 años, el juzgador queda relevado de examinar los demás.

En verdad, como bien lo señalaron los representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público, el análisis que reclaman los censores solo sería del resorte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, una vez cobre ejecutoria la sentencia de segunda instancia.

La censura no prospera.

II. Cargos comunes frente al delito de urbanización ilegal

1. Causal primera: violación directa de la ley sustancial

Los defensores de Renato Garcés Herrera, Hernando de Jesús Henao, Jorge Lema Botero y Jorge Montañez Flórez acusan la indebida aplicación de los preceptos que complementan la conducta descrita en el artículo 318 del Código Penal pues, en lo referente al verbo promover, la colegiatura tomó como sustento normativo extrapenal, el artículo 99-1 de la Ley 388 de 1997 y el Decreto 564 de 2006, que, según ellos, no reglamentan los requisitos exigidos para la promoción y venta de los proyectos constructivos, sino que se refieren a los condicionamientos para adelantar actividades de urbanización y construcción.

De entrada, la Sala advierte un desacierto en la propuesta porque, en el intento de acreditar el presunto error en la aplicación del derecho, se sustrajeron de cotejar las consideraciones plasmadas en el fallo de segunda instancia para desvirtuarlas y se limitaron a sobreponer un particular criterio interpretativo, al asumir, erradamente, que la promoción y venta de los proyectos constructivos no hacen parte del comportamiento relacionado con la urbanización de inmuebles o su construcción, sancionado por el artículo 318 del Código Penal cuando se adelanta, como ocurrió en este caso, sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Así las cosas, importa recordar que la Fiscalía, desde el escrito de acusación, refirió que tal ilicitud castiga las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, entre ellas, la celebración de promesas de venta y el recibo de anticipos de dinero con dicho propósito, cuando el proyecto que se ofrece no cumple con los requisitos de ley¹⁴.

Sobre el particular precisó que frente al proyecto “Tassel” se obtuvo licencia de urbanismo y la de construcción solo para la torre 115, en tanto que para “Il Torino” y “Amazon” no se consiguieron esos permisos¹⁶.

De allí que el juez colegiado, de acuerdo con la descripción contenida en el citado precepto¹⁷, precisara que «la conducta atribuida en concreto a los acusados se determina por el verbo rector promover la urbanización de inmuebles o su construcción sin el lleno de los requisitos de ley»¹⁸.

El verbo promover abarca todas las gestiones encaminadas a anunciar la venta de los inmuebles o la entrega de dinero para dicho propósito, como bien lo resaltó el Tribunal, con sustento en la jurisprudencia de esta Corporación (CJS AP, 5 ago. 2009, rad. 31105), que por su pertinencia es necesario reiterar en esta ocasión:

En efecto, la Sala ya se ha pronunciado sobre el alcance del verbo rector promover, integrante de la conducta punible de urbanización ilegal, descrita en el artículo 318 del Código Penal. Al respecto, ha expresado que las gestiones encaminadas a anunciar la venta de inmuebles o la entrega de dinero para dicho propósito son comportamientos que se enmarcan dentro de la acción de promover.

Así lo manifestó la Corte:

“Por otro lado, la celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o la recepción de otras especies valoradas en efectivo, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda (en número no inferior a cinco), no son más que manifestaciones ostensibles, externas y materiales de la conducta de promover la urbanización ilegal, con dirección a dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles sin el lleno de los requisitos legales, porque la promoción no significa nada diferente de iniciar, hacer que principie cierta acción o darle impulso a una cosa o proyecto.”

“Pero en lo que atañe a la configuración de las conductas rectoras, no hay duda de que fueron recogidas las anteriores y también notoriamente ampliadas en el nuevo texto, pues se pasó de simplemente “anunciar o desarrollar” a las de “adelantar, desarrollar, promover (que en cierta acepción significa anunciar), patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir”¹⁹

De lo anterior se sigue que si la conducta promover, atribuida a los procesados, se estructura con las gestiones destinadas a anunciar la venta de los inmuebles objeto de urbanización y construcción, sin el lleno de los requisitos legales, era obligatorio acudir a las

normas que para la época de los hechos regulaban tales exigencias.

Por consiguiente, hizo bien el Ad quem al señalar que para llevar a cabo las acciones de división, parcelación, urbanización o construcción, «es necesario que se expida la autorización previa por parte del curador urbano, o la autoridad municipal», según lo ordena el artículo 99, numeral 1° de la Ley 388 de 1997 –conocida como Ley de ordenamiento territorial-,²⁰ en estos términos:

1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y de parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales, el Distrito Capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea del caso.

Igualmente se requerirá licencia para el loteo o subdivisión de predios para urbanizaciones o parcelaciones en toda clase de suelo, así como para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento (subraya la Sala).

Esa disposición debe observarse en concordancia con lo preceptuado en el Decreto 564 de 2006²¹, que define la licencia urbanística y fija así su clasificación:

Artículo 1°. Licencia urbanística: Es la autorización previa, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, para adelantar obras de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios; de construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones, y para la intervención y ocupación del espacio público, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional.

Dado que se trata de una autorización para adelantar distintos trabajos, el mismo cuerpo normativo estipula, en el artículo 2°, que las clases de licencias urbanísticas serán de: urbanización, parcelación, subdivisión, construcción e intervención y ocupación del espacio público.

En el precepto 4° se define la licencia de urbanización como:

la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios, localizados en suelo urbano, la creación de espacios públicos y privados y la construcción de las obras de infraestructura de servicios públicos y de vías que permitan la adecuación y dotación de estos terrenos para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente.

El canon 7° hace referencia a la licencia de construcción y sus modalidades:

Es la autorización previa para desarrollar edificaciones en uno o varios predios, de conformidad con lo previsto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad que regule la materia. Son modalidades de la licencia de construcción las siguientes: (1. Obra nueva; 2. Ampliación; 3. Adecuación; 4. Modificación; 5. Restauración; 6. Reforzamiento estructural; 7. Demolición y 8. Cerramiento).

En atención a esos preceptos y a la prueba recopilada en el juicio oral, en especial, los testimonios del Curador y del Jefe de Planeación del municipio de Envigado, la colegiatura concluyó que los proyectos “Tassel”, en sus torres 2 y 3, “Il Torino” y “Amazon”, fueron promocionados sin contar con las licencias de construcción requeridas.

Distinto a ese criterio, los casacionistas plantean que la norma llamada a complementar el tipo penal de urbanización ilegal, para el periodo de ocurrencia de los hechos, es el canon

71, literal e), de la Ley 962 de 2005²², reglamentado por el artículo 1°, literal d) del Decreto 2180 de 2006, y que, al tenor de esa normativa, la autorización para promocionar la venta de los inmuebles se entiende constituida al momento de la radicación de los documentos ante la autoridad competente, de los cuales, sólo se aprecia la exigencia de una licencia, «la de urbanismo», cuya existencia no se discute en el proceso y por esa razón la promoción cumplía con el lleno de los requisitos de ley, haciendo la conducta atípica.

En tal virtud, consideran que el Tribunal se equivocó al señalar que además de la «licencia urbanística» también se necesitaba el permiso de construcción.

Sin embargo, una lectura atenta de la normativa invocada por los censores, permite advertir que su reclamo es infundado, por las siguientes razones:

i) Los demandantes no explican la razón por la cual en este asunto no aplica el régimen jurídico territorial y urbanístico de la Ley 388 de 1997, en armonía con el Decreto 564 de 2006, vigentes para el momento de los hechos, y en cambio sí, tiene cabida, una legislación que, si bien regía para esa época, simplemente alude a la racionalización de distintos trámites y procedimientos administrativos, entre ellos, los relacionados con el medio ambiente, vivienda y desarrollo territorial.

En efecto, la Ley 962 del 4 de abril de 2005, sin la modificación del Decreto 19 de 2012 - mejor conocida como Ley Anti-trámites-, tiene como objeto, según se estipula en el artículo 1°, «facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública» y contempla, en el canon 71 original, la documentación que, en definitiva, deben radicar los particulares interesados en adelantar planes de vivienda, ante las autoridades correspondientes.

ii) El citado precepto 71 fue reglamentado por el Decreto 2180 de 2006²³ que, en el artículo 1° consagra lo siguiente:

Radicación de documentos. De conformidad con el artículo 71 de la Ley 962 de 2005, los

interesados en promocionar, anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2 del Decreto-ley 2610 de 1979²⁴ estarán obligados a radicar quince (15) días antes del inicio de dichas actividades los siguientes documentos ante la instancia de la administración municipal o distrital encargada de ejercer la vigilancia y control sobre las mencionadas actividades: a); b); c); d) La licencia urbanística respectiva, e); y f).

(...)

Parágrafo. Presentada la totalidad de los documentos conforme con las formas propias de su expedición, se entenderá que estos han sido debidamente radicados, dando con ello cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 962 de 2005 (subraya la Sala).

iii) Teniendo en cuenta que, según se ilustró con antelación, hay varias especies de licencias urbanísticas, no es dable entender, como lo hacen los censores, que el referenciado literal d) del artículo 71 suprimió el permiso de construcción señalado por el Tribunal como requisito para promover la venta de los inmuebles, y que allí solamente se alude a la licencia urbanística o de urbanismo, como indistintamente la llaman, pues, sin duda, la palabra respectiva²⁵ que allí se utiliza, hace referencia a la especie de obra que el interesado pretende realizar (urbanización, parcelación, loteo o subdivisión construcción o intervención y ocupación del espacio público).

Así se deriva del citado Decreto 2180 de 2006, cuando, al explicar el contenido de cada uno de los documentos a radicar, estipula en el artículo 6° lo siguiente:

El interesado presentará copia de la licencia urbanística respectiva, expedida por el curador urbano o la autoridad competente con jurisdicción en el municipio o distrito, en el lugar donde se adelantarán las actividades de promoción, anuncio y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, la cual incluirá copia impresa de los planos aprobados, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 31 del Decreto 564 de 2006

(subraya la Sala).

Nótese, a su turno, que el artículo 31 del Decreto 564 de 2006 al que remite la anterior disposición, detalla así los requisitos que debe contener la licencia:

1. Número secuencial de la licencia y su fecha de expedición.
2. Tipo de licencia y modalidad.
3. Vigencia.
4. Nombre e identificación del titular de la licencia, al igual que del urbanizador o del constructor responsable.
5. Datos del predio:
 - a) Folio de matrícula inmobiliaria del predio o del de mayor extensión del que este forme parte;
 - b) Dirección o ubicación del predio con plano de localización.
6. Descripción de las características básicas del proyecto aprobado, identificando cuando menos: uso, área del lote, área construida, número de pisos, número de unidades privadas aprobadas, estacionamientos, índices de ocupación y de construcción.
7. Planos impresos aprobados por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias.

Lo expuesto reafirma que la exigencia consagrada en el referido literal d) no se limita a una sola licencia, «la de urbanismo» porque, según se acaba de subrayar, uno de los condicionamientos de la licencia que se debe aportar, consiste en especificar el tipo y

modalidad de la misma. Es nítido, entonces, que los recurrentes no hicieron una lectura completa de las referidas disposiciones, ejercicio que resultaba obligatorio para sustentar adecuadamente su postura defensiva.

iv) Cabe destacar, adicionalmente, que la Ley 388 de 1997 constituye el marco general del desarrollo territorial en los municipios y distritos del país, tal como lo expuso recientemente el Consejo de Estado en providencia del 5 de julio de 2018, radicado 76001-23-31-000-2002-04551-01(38942):

40.- Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se le otorgó una mayor relevancia al ordenamiento territorial expresado a través de los principios de la organización del Estado y de su desarrollo en un marco normativo de descentralización administrativa mediante los cuales integró los fenómenos territorial y urbano con el cumplimiento del interés general, y los vinculó con conceptos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos, en atención a la relación de la sociedad con el territorio.

41.- Con fundamento en esta idea sustantiva del derecho urbanístico y territorial, en cuanto fenómeno del ordenamiento territorial en su conjunto y de su caracterización sobre la base de los derechos e intereses colectivos²⁶, el legislador expidió la Ley 388 de 1997 por medio de la cual fijó los objetivos ligados a conceptos vinculados a la titularidad del colectivo tales como la ordenación del territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la ecología, la prevención de riesgos naturales, la función social y ecológica de la propiedad, la vivienda los servicios públicos domiciliarios, el espacio público, la calidad de vida de los habitantes, las actuaciones urbanísticas integrales, etc., es decir, bienes todos ellos ligados de manera indisoluble a la comunidad misma y no a los asociados individualmente considerados²⁷.

6.2.2. Ley 388 de 1997 mediante la cual se modifica la Ley 9 de 1989.

42.- La expedición de la Ley 388 de 1997 procuró darle una significativa importancia a las potestades de los entes territoriales expresada a través de distintos y eficientes

instrumentos para el desarrollo del territorio a su cargo, regulando el uso, ocupación y transformación del suelo, desarrollado armónicamente con el desarrollo socioeconómico, la preservación del medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales del país.

43.- Sin duda, el desarrollo de este conjunto de disposiciones implicó un afianzamiento del régimen jurídico del territorio y del urbanismo teniendo en cuenta su trascendencia social y económica que debía verse reflejada en la planificación necesaria y complementaria para efectos de racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, siempre en función de los intereses públicos y generales de la comunidad, procurando mejores condiciones para la población (lo que implica condiciones ambientales cuya comprensión integral representa el respeto por todos los elementos esenciales e indispensables no solo para la vida en comunidad, sino también para la preservación del derecho al medio ambiente)²⁸.

46.- Así las cosas, es viable sostener que dichos postulados se desprenden de los principios y normas fundantes del sistema político-jurídico y de las finalidades mismas que justifican la existencia de nuestra organización política estatal, en los términos de los artículos 1° y 2° de la [Constitución Política](#), según los cuales, sobre el entendido del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, son principios inalterables e imperativos de nuestra organización estatal²⁹; postulados que se derivan de un ordenamiento jurídico con profundas repercusiones y regulaciones de lo colectivo y lo social.

Como se observa, la Ley 388 de 1997 regula los aspectos atinentes a la ordenación del territorio, por lo cual, en el capítulo IX se ocupa de las licencias y sanciones urbanísticas y en el artículo 91-1 consagra los requisitos para adelantar las distintas actividades que allí se registran y que están definidas en el Decreto 564 de 2006. Por consiguiente, si el reproche a los procesados consistió en «promover la urbanización de inmuebles o su construcción sin el lleno de los requisitos legales», surge, de manera incuestionable, que esa normativa es la llamada a regular este asunto, no así, la Ley 962 de 2005, invocada por los demandantes,

porque tal legislación fue consagrada para agilizar diversos trámites administrativos, por lo cual, en materia de construcción y enajenación de inmuebles, concretó los requisitos que debe cumplir el interesado en adelantar planes de vivienda.

Se concluye, que la falsa adecuación normativa reprochada al Tribunal carece de fundamento y obedece más a una interpretación interesada de los defensores. En esas condiciones, la censura no prospera.

2. Causal tercera: violación indirecta de la ley.

Los mismos libelistas acusan un falso juicio de existencia por omisión, que hacen recaer en el testimonio de Ana Isabel Zea, y la defensa de Garcés Herrera también reprocha el desacierto frente a las copias de los oficios RB-1147-2007 y RB-2507-2007, emanados de la Oficina de Planeación del Municipio de Envigado. Según ellos, esos elementos certifican que la Sociedad Inversiones Uno Más Uno radicó toda la documentación legalmente requerida para vender los inmuebles del proyecto “Tassel” torres 1, 2 y 3, y para el proyecto “Il Torino”, la licencia urbanística permitía salir a preventas, como en efecto se hizo.

2.1. Ante todo, importa señalar que si la colegiatura no hizo expresa alusión a tales medios de convicción, ello por sí solo no estructura el yerro por omisión denunciado, máxime cuando no se cotejan las motivaciones que sustentan el examen del conjunto probatorio que fue objeto de valoración, en orden a demostrar la real ocurrencia del desacierto y su incidencia en las conclusiones del fallo recurrido.

Con ese proceder, intentan desconocer que una de las críticas del Ad quem, frente a la decisión absolutoria del juez singular, radicó en que hubiese acudido a la costumbre comercial y por esa vía exonerar el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos. Para ese efecto, recordó, entre otros aspectos, que, al tenor del artículo 3° del Código de Comercio, la costumbre mercantil puede tener la misma autoridad de la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente, criterio reafirmado por la Corte

Constitucional, en la sentencia C-486 de 1993.

De donde concluyó «que si en virtud de prácticas comerciales en las actuaciones o gestiones realizadas por los acusados como socios de la empresa Uno Más Uno S.A, fueron ejecutadas contrariando la ley u omitiendo requisitos legales necesarios para su ejecución, necesariamente surge una ilicitud»³⁰.

Justamente, esa práctica comercial fue aludida por la testigo de la defensa Ana Isabel Zea Restrepo y con tal sustento, el A quo descartó que se hubiese tipificado el delito de urbanización ilegal porque el proyecto «se desarrolló y promovió conforme a la ley y a la costumbre mercantil»³¹.

En ese orden, no es posible asegurar que la colegiatura ignoró ese testimonio de la defensa, sino que realmente lo desechó, sin que ello constituya un desatino, pues la obligación del juzgador, de analizar todo el conjunto probatorio, no se opone a la facultad de desestimar aquello que considere intrascendente o no le dé certeza del aspecto que pretende probar.

Por ello, el juez colegiado concluyó que la promoción de los proyectos de vivienda denominados “Tassel”, torres 2 y 3, “Il Torino” y “Amazon”, fue ejecutada en contravía de lo dispuesto en la ley, según lo pudo corroborar con otros elementos de juicio a los que los libelistas, simplemente, les niegan valor suasorio y prácticamente se apoyan en lo expuesto por la testigo de descargo Ana Isabel Zea, abogada especialista en la materia, aunque de su relato solo traen los apartes que les sirven a sus pretensiones.

Lo cierto es que, al pregonar que los elementos omitidos habrían permitido establecer que la sociedad constructora sí contaba con autorización legal para promover la venta de las edificaciones 2 y 3 de Tassel, desde el momento de la radicación de la documentación exigida para tal efecto, y que, en lo referente al proyecto Il Torino, la «licencia urbanística» permitía salir a preventas como en efecto se hizo, incurren en la falacia de petición de

principio, que consiste en dar por cierto aquello que no está demostrado.

Según quedó evidenciado en el cargo anterior, a “Tassel” se le otorgó licencia de urbanismo y, solo para la torre 1, la de construcción. Por consiguiente, la promoción y venta de las torres 2 y 3 no se podía hacer sin el permiso de construcción, tal como lo ordena el artículo 91 de la Ley 388 de 1997, en concordancia con el Decreto 564 de 2006, requisito que no fue eliminado por el artículo 71, literal d) de la Ley 962 de 2005, como sin fundamento lo plantearon los actores.

Menos aún, es dable concluir que, en relación con “Il Torino”, la «licencia urbanística» permitía salir a preventas, como en efecto se hizo. De un lado, los demandantes pasan por alto que mediante oficio del 3 de mayo de 2011, el Curador Urbano de Envigado, Antonio María Muñoz Sánchez, informó a la Policía Metropolitana de Medellín que, revisada la base de datos, la empresa Inversiones Uno Más Uno «no ha radicado trámite alguno» en relación con ese proyecto 32.

Por otra parte, es nítido que la actividad adelantada por los procesados frente a dicho proyecto, no encaja en el concepto de preventas explicado por la testigo de la defensa Ana Isabel Zea, como lo postulan, sino que fue más allá, esto es, a la promoción y venta del mismo.

La preventa, según la exponente, es una estructura que se ha desarrollado por la costumbre, «casi que se entiende como un estudio de mercadeo porque permite conocer el interés de unos futuros compradores en un producto que se puede llegar a desarrollar»³³.

Luego concretó que,

el concepto de preventas y lo que les decía, es un concepto que no implica firmar, ni encargos fiduciarios de áreas, ni promesa de compraventa, es una sala de ventas que incluso se considera en las normativas como construcción provisional donde hay una

publicidad, unos render, unos esquemas de cómo podrá ser el proyecto y una información, generalmente lo que hacen las vendedoras en esas salas de ventas es tomar la información de quien va a preguntar por el proyecto»³⁴.

Las pruebas muestran, como ya se indicó, que en relación con “Il Torino”, la actividad de los procesados no se limitó a la preventa, esto es, a sondear el producto con los clientes para conocer qué tanto interés tenían en él, sino a promocionarlo en los términos arriba señalados, esto es, anunciar la venta de los inmuebles, celebrar promesas de compraventa y recibir anticipos de dinero, entre otras actividades, tal como lo hicieron saber varios de los clientes. Especialmente, Mónica María George, quien adquirió el apartamento 1206 de la torre 2 de ese proyecto.

Otros compradores fueron claros en señalar que “Il Torino” les fue ofrecido para la venta:

Claudia López manifestó que, en el 2006, cuando compró un apartamento en la torre 1 de “Tassel”, no se ofrecieron otros proyectos en ese lugar, pero después sí «empezaron a vender dos proyectos o tres proyectos, eran Il Torino y Amazon, era de casas. Il Torino eran unos edificios que tenían todo como muy computarizado, me acuerdo porque precisamente, ellos estaban tratando, la señora Ángela Echeverri, que fue la persona que me atendió inicialmente en la sala de ventas, que era la vendedora, estuvo tratando muchas veces de incentivar a mis papás en Il Torino»³⁵.

Catalina Mondragón señaló que en la sala de ventas ofrecían los tres proyectos, “Amazon”, “Il Torino” y “Tassel”, «Ángela Chavarría que era el contacto, me ofreció esos tres, pero a mí me interesó, pues por costos digamos, el proyecto Tassel»³⁶.

Luisa Fernanda Restrepo manifestó que «ellos vendían otros proyectos que eran Amazon, me parece que eran unas casas, y también Il Torino que eran unos apartamentos. Ellos estaban vendiendo como tres proyectos al tiempo, pero nosotros inicialmente pues fue Tassel»³⁷.

Camilo Higuita precisó que «Ángela era la encargada, Ángela tenía el brochure de Il Torino, Tassel y Amazon. Amazon eran unas casas de más metraje, pues unas casas de muchísimo más valor, cierto. O sea ofrecían las tres, a mí me ofrecieron las tres. Finalmente me quedé con Tassel»³⁸.

Luisa María Salazar señaló que la sala de ventas tenía mucha propaganda, afiches donde se mostraba cómo iba a quedar el proyecto y que a ella le ofrecieron “Tassel” e “Il Torino”³⁹.

Lo expuesto pone de presente la falta de razón de los censores en sus planteamientos, porque todo indica que las actividades adelantadas en la sala de ventas, en relación con “Il Torino” no se redujo a la simple encuesta de mercadeo, propia de las preventas, en los términos de la abogada Zea Restrepo, sino a la promoción para su venta de los tres proyectos aludidos, sin contar con la respectiva autorización para ello.

2.2. Ahora bien, en lo referente al falso juicio de existencia por omisión, que la defensa de Garcés Herrera hace recaer en los oficios RB 1147- 2007 del 30 de mayo de 2007 y RB 2507 del 1º de noviembre de 2007, introducidos por esa bancada, es evidente que el letrado no concreta la incidencia de tales elementos en la decisión cuestionada, sino que pretende reforzar la línea defensiva referente al cumplimiento de los requisitos legales para promocionar los proyectos constructivos, los cuales tampoco se verifican acreditados con las citadas comunicaciones.

Por una parte, en el oficio RB-1147-2007 del 30 de mayo de 2007, suscrito por Juan Carlos Montoya Montoya, anterior Secretario de Planeación y Valorización de Envigado, le comunica al Director Administrativo de la empresa Uno Más Uno S.A., el número de radicación que correspondió a los documentos presentados para promocionar la torre 1 del proyecto “Tassel” así:

Envigado, Mayo 30 de 2007

RB-1147 – 2007

Doctor:

ALEJANDRO SALAZAR S.

Director Administrativo

CONSTRUCTORA UNO + UNO

Tel. 336 22 89

Ciudad

Asunto: Radicación de Documentos

Ref: TASSEL - TORRE No 1 - Apartamentos

Radicado: 013 - 07

Le comunicamos que a la documentación presentada, relacionada con el Proyecto denominado TASSEL - TORRE No 1, ubicado en la Calle 27 sur No 28-31, Municipio de Envigado, con Licencia de Construcción No RLU - 46 - 2007, expedida por la Curaduría Primera de Envigado; integrado por cuarenta y cuatro (44) apartamentos en la Torre No 1; al tenor de los artículos 1° y 3° del Decreto 2180 de 2006, correspondió a la radicación de la referencia.

Este despacho se reserva la facultad de constatar la veracidad y autenticidad de la información presentada, el no cumplimiento a los requerimientos que se formulen o a los compromisos adquiridos, dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la ley.

Con este acto administrativo se adquiere entre otros los siguientes compromisos:

1. Toda publicidad o promoción que se realice, cualquiera que sea el medio deberá expresar

el No de radicación asignado.

2- Los documentos de que trata el presente artículo estarán en todo momento a disposición de los compradores de los planes de vivienda, con el objeto de que sobre ellos se efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición⁴⁰ (negrillas originales-subraya la Sala).

A su turno, en el oficio RB-2507-2007, del 1° de noviembre de 2007, con destino al mismo directivo de la empresa, suscrito por el citado funcionario municipal, se consignó:

Envigado, Noviembre 1 de 2007

RB-2507 - 2007

Doctor:

ALEJANDRO SALAZAR S.

Director Administrativo

CONSTRUCTORA UNO + UNO

Tel. 336 22 89

Ciudad

Asunto: Radicación de Documentos

Ref: TASSEL - TORRES No. 2 Y 3 - Apartamentos

Radicado: 027 - 07

Le comunicamos que a la documentación presentada, relacionada con el Proyecto denominado TASSEL - TORRES No 2 y 3, ubicado en la Calle 27 sur No 28-31, Municipio de

Envigado, con Licencia de Construcción No RLU - 46 - 2007, expedida por la Curaduría Primera de Envigado; integrado por cuarenta y cuatro (44) (sic) apartamentos en las Torres Nos 2 y 3; al tenor de los artículos 1° y 3° del Decreto 2180 de 2006, correspondió a la radicación de la referencia.

Este despacho se reserva la facultad de constatar la veracidad y autenticidad de la información presentada, el no cumplimiento a los requerimientos que se formulen o a los compromisos adquiridos, dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la ley.

Con este acto administrativo se adquiere entre otros los siguientes compromisos:

1. Toda publicidad o promoción que se realice, cualquiera que sea el medio deberá expresar el No de radicación asignado.
- 2- Los documentos de que trata el presente artículo estarán en todo momento a disposición de los compradores de los planes de vivienda, con el objeto de que sobre ellos se efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición⁴¹ (negrillas originales-subraya la Sala).

A juicio de la Corte, ésta última comunicación, la que pretende hacer valer el letrado para demostrar que, en relación con las torres 2 y 3 también se habían radicado los documentos para su promoción, solo genera dudas porque, además de confusa en cuanto a la identificación del número de apartamentos, realmente no aparece refrendada por la citada resolución RLU-46-2007 del 2 de mayo de 2007, como se dice allí, pues a través de este acto administrativo, el Curador Urbano Primero de Envigado otorgó licencia de urbanismo para el proyecto y de construcción, únicamente, para la torre 1 de "Tassel" y, por lo tanto, no podía ser citada como sustento para promocionar las torres 2 y 3.

Así se corrobora con los testimonios de Antonio María Muñoz, Curador del municipio de Envigado en los periodos 1998, 2003 y 2008, y de Juan Diego León Toro, Jefe de Planeación

del mismo lugar, de 2008 a 2011, quienes señalaron, de manera unánime, que la licencia de construcción solo se había expedido para la torre 1 de “Tassel”, no así para los demás proyectos.

En relación con los mencionados testigos, el Tribunal se pronunció en estos términos:

Ahora bien, como se había precisado el cargo de urbanización ilegal se hizo consistir en la promoción por parte del representante legal y los socios de la empresa Uno Más Uno S.A., entre marzo de 2006 y junio de 2008 en el Municipio de Envigado, del proyecto de vivienda denominado “Tassell”, específicamente las torres II y III, II Torino y Amazon sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Los hechos así atribuidos quedaron debidamente demostrados con los testimonios rendidos en el juicio oral por el Curador y por el Jefe de Planeación del Municipio de Envigado, quienes dieron cuenta de la falta de licencia de construcción para estas edificaciones.

En efecto, al escuchar al señor Antonio María Muñoz, Curador del Municipio de Envigado, el mismo advierte que dentro de las funciones desarrolladas como curador se encuentra la de estudiar, tramitar y expedir licencias de urbanismo y construcción en sus diferentes modalidades, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 388 y Decretos 1052, 1469 y 1600. Sostuvo que la licencia urbanística es el permiso previo para autorizar y es el testimonio fiel para que se hagan las diferentes actividades que conllevan las obras, esto es, la infraestructura real, las secciones urbanísticas para espacio público, las partes privadas y públicas que se establecen en el momento de tramitar la licencia de urbanismo, y señaló que, dependiendo del tipo de licencia, se tienen unas vigencias y unas prórrogas definidas. Aclaró que la licencia de construcción es una forma de desarrollar la licencia urbanística pero que la misma debe ser autónoma en cuanto a la fijación de servicios públicos, las normas de uso del suelo y en todas las obligaciones que se imponga[n] para el proyecto. Así mismo, precisó que se puede generar una licencia por etapas.

Este testigo informó que cada licencia que se expide tiene unas vigencias y unos requisitos que se deben cumplir, y para este evento se dieron licencias del año 2004, 2006 y 2007, específicamente la licencia para “Tassel” se otorgó por etapas, dándose la primera para la etapa 1, no obstante, afirma que no se expidió licencia de construcción para la etapa 2 y 3. Aclaró que de acuerdo a las condiciones de los constructores y que se trata de impuestos que entran a los municipios, de conformidad con el Decreto 1469, cuando se pide licencias por etapas se tiene que plasmar en la solicitud respectiva qué se va a hacer en las demás etapas, en este caso, en la segunda y en la tercera, pero esa sola circunstancia no le da derechos al constructor para ejercer alguna función sobre esas dos etapas. En todo caso, en el transcurso de los interrogatorios efectuados por las partes, el señor Antonio María Muñoz sostuvo reiteradamente que para el proyecto “Tassel” se expidió licencia de urbanismo y la licencia de construcción se otorgó solo para la Torre I, no así para las Torres II y III. Mientras tanto, fue enfático en afirmar que para los proyectos Il Torino y Amazon no se solicitó ni se expidió licencia de construcción.

Por su lado, el señor Juan Diego León Toro, Jefe de Planeación del Municipio de Envigado para el momento en que ocurrieron los hechos, manifestó que con relación al permiso urbanístico la Secretaría de Planeación hacía un seguimiento de todos los procesos de licenciamiento, siendo el más importante de todos el de verificar que las licencias que la curaduría otorgara se encuentren en legal y debida forma. Además, advirtió que los permisos de venta se dan una vez se aporten ciertos requisitos, entre ellos, el más importante es el de obtener la licencia de construcción, el cual solo se dio para la torre I del proyecto “Tassel”, y así lo indicó de manera reiterativa durante su intervención.

Refirió este testigo que la licencia urbanística no sirve para promover la venta de apartamentos, pues ello solo es procedente mediante la aprobación de la licencia de construcción, y recalcó que la licencia urbanística se da al lote como tal y tiene que ver con la capacidad del mismo, mientras que la licencia de construcción, como su nombre lo indica, se da para la construcción de un área específica, esto es, alude a cómo van a quedar las

zonas privadas, conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Planeación Municipal⁴².

Los demandantes, sin embargo, procuran soslayar ese juicio valorativo, mediante un análisis fraccionado y personalista de los testimonios en comento, con el que solo buscan imponer su criterio.

Puntualmente, cuando aseguran que el Jefe de Planeación, Juan Diego León Toro, admitió que el proyecto “Tassel”, en todas sus etapas, sí tenía autorización para promocionar su venta, únicamente se apoyan en las respuestas que sirven a sus intereses.

En efecto, al escuchar la totalidad del audio que contiene la declaración de este funcionario, la Sala constata que la manifestación destacada en la censura se produjo durante el contrainterrogatorio que el defensor de Garcés Herrera le formuló, con base en la prenombrada comunicación RB-2507 del 1° de noviembre de 2007, que no fue suscrita por él, sino por su antecesor, y que los actores intentan hacer valer, sin descubrir, como les correspondía, el error en que incurrió el juez plural por haber conferido valor probatorio a la información que suministró dicho testigo al inicio de su declaración, referida al conocimiento que directamente tuvo de las licencias revisadas por él como titular de la dependencia en comento y que el fallador encontró corroborada con otros medios de prueba.

Sobre este aspecto se profundizará en el siguiente cargo, donde es reiterado.

La censura, según lo expuesto, no tiene vocación de prosperidad.

3. Los mismos letrados acusan un falso juicio de identidad por considerar que el Ad quem valoró de manera parcial el testimonio de Juan Diego León Toro, Jefe de la Secretaría de Planeación del Municipio, toda vez que cercenó el contrainterrogatorio de la defensa, desacierto que impidió confirmar el fallo absolutorio de primera instancia.

Con este reproche insisten en demostrar que la Sociedad Inversiones Uno Más Uno S.A. sí tramitó y obtuvo licencias para la promoción y venta del proyecto “Tassel”, torres 2 y 3 y, para ese efecto, nuevamente se marginan de las consideraciones judiciales que se acaban de transcribir.

No se olvide que la labor de examinar la prueba testimonial, faculta al juzgador para establecer, con fundamento en las reglas de la sana crítica, los fragmentos del relato que ameritan credibilidad, sin que por ello incurra en el yerro de cercenamiento pregonado por los censores, a menos que ese ejercicio conlleve a la emisión de un fallo alejado de la realidad, cuestión no advertida en este asunto.

Pues bien, como ya se dijo, el testigo León Toro fue consistente en señalar que, para otorgar el permiso de venta, se debe cumplir con unos requisitos, entre ellos, la licencia de construcción, la cual solo se dio para la torre 1 del proyecto “Tassel” y que la licencia urbanística no sirve para promover la venta de apartamentos.

Esas expresiones del funcionario municipal coinciden con las narraciones del Curador Muñoz Sánchez, que razonadamente resultaron creíbles para la colegiatura porque fueron brindadas con espontaneidad, desinterés e imparcialidad, y se encuentran corroboradas con la prueba documental incorporada por la Fiscalía, especialmente, la precitada licencia de construcción para la Torre 1, N° RLU-46-2007 del 2 de mayo de 2007⁴³, expedida por el último servidor mencionado.

Los apartes señalados como cercenados por los demandantes, únicamente hacen relación al contrainterrogatorio que el defensor de Garcés Herrera le efectuó al declarante León Toro, sobre el contenido del oficio No 2633, fechado 26 de octubre de 2011 y sus anexos, que éste remitió en 82 folios al mismo abogado, como respuesta a un derecho de petición⁴⁴. Entre los documentos obra la indicada comunicación RB 2507-2007 del 1° de noviembre de 2007, introducida, con los demás, como prueba de descargo⁴⁵.

En el reparo, la defensa hace énfasis en el siguiente segmento del contrainterrogatorio:

P/. Volvamos a la relación de los documentos, vamos en el 15 si es tan amable. R/ factura de ventas varias (...) Documento 20 habla del oficio nuestro RB2507 de fecha 1 de noviembre de 2007, originado en este despacho con destino a Alejandro Salazar S. informando sobre recibo de documentos. P/ Señor Juan Diego es tan amable de ubicarnos ese oficio, si su señoría me lo permite acercarme al testigo e indicarle cuál es. Ese documento nos los relaciona usted como entregado por el señor Alejandro Salazar en representación de la Sociedad Uno Más Uno, donde informa el recibo de documentos, usted nos puede indicar realmente ese oficio emanado de la Secretaría de Planeación qué está diciendo?. R/. Aquí el secretario del momento el doctor Juan Carlos Montoya Montoya como Secretario de Planeación está informando al doctor Fernando Salazar, es el Director Administrativo de la Constructora Uno Más Uno, que la radicación de unos documentos y hay un número de radicado para el proyecto Tassel Torre dos y tres, el cual habla del cumplimiento de los requisitos pedidos para poder promocionar y vender este proyecto. P/. Perfecto. Volvamos si es tan amable señor ingeniero y continuamos con la relación de los documentos que fueron entregados por su despacho.

(...)

Correcto ingeniero Juan Diego, le agradezco por la lectura que ha hecho. P/. Le pregunto con relación a la documentación que usted acaba de describir y que conoció en su momento cuando estaba a cargo de esa secretaría, podemos afirmar que el proyecto Tassel contaba con licencia de urbanismo, licencia de construcción y permiso para la promoción y venta del proyecto? [R/.] Por el contenido de los documentos sí. (Subrayas y negrillas originales).

Es en ese limitado contexto, que los libelistas afirman la existencia de las licencias tramitadas y obtenidas por la sociedad, el cual consideran suficiente para enervar el componente demostrativo que soporta la condena de sus defendidos, olvidando que la

verdad probatoria declarada por el juzgador prevalece sobre cualquier otra postura analítica ante la doble presunción de acierto y legalidad que la cobija, mientras no se evidencien vicios trascendentes.

En ese sentido, la Sala advierte acertado el reproche de la colegiatura sobre la ausencia de licencia de construcción, como requisito necesario para la promoción de los proyectos de vivienda en comento, por cuanto aparece debidamente corroborado con los elementos de demostración incorporados al juicio oral, en tanto que la alegación de los casacionistas no supera el propósito de hacer valer, como única solución posible, las respuestas que el funcionario de planeación suministró, fruto de la lectura de unos legajos, más concretamente, del oficio RB2507 del 1° de noviembre de 2007 que él no elaboró.

Si al final del contrainterrogatorio Juan Diego León Toro respondió afirmativamente que por el contenido de esa documentación, el proyecto “Tassel” contaba con licencia de urbanismo, licencia de construcción y permiso para la construcción y venta del proyecto, ello, por sí solo, no evidencia el yerro pregonado, ni le da la razón a la defensa, porque esa expresión no solamente es genérica, sino que difiere de las respuestas iniciales del exponente y, ante tal ambivalencia, ninguno de los otros sujetos procesales presentes en el juicio- Fiscalía, Ministerio Público, Representante de Víctimas- requirió del testigo alguna aclaración en ese sentido.

Esa indefinición cobra fuerza con la precitada comunicación RB2507 del 1° de noviembre de 2007 porque, según se expuso en el cargo anterior, su contenido es confuso y no está respaldada por la licencia de construcción concedida para la Torre 1 de “Tassel”, N° RLU-46-2007 del 2 de mayo de 2007.

En cambio, las afirmaciones que desde un comienzo hizo el Secretario de Planeación Municipal, como testigo de la Fiscalía, y en la mayor parte de su exposición, se muestran consistentes y dan cuenta que el Curador Urbano expidió licencia de construcción para la

torre 1, no así para las 2 y 3. Recalcó que esa autorización era fundamental para otorgar los permisos de venta y así estaba concebido en el Plan de Ordenamiento Territorial.

En el mismo sentido respondió al contrainterrogatorio efectuado por la defensa de los otros procesados e, incluso, enfatizó que la promoción y venta se da cuando existe la licencia de construcción, no en el momento del urbanismo, pues ésta licencia la puede tener cualquier lote y no implica que se va a desarrollar el proyecto.

Por manera que el falso juicio de identidad postulado, no pasa de ser otra perspectiva de valoración que ignora las motivaciones del fallo impugnado.

A todo lo anterior se debe añadir que los demandantes, en el cometido de evidenciar que se debió confirmar la decisión absolutoria de primera instancia, dejaron por fuera el juicio de reproche que el Tribunal también elevó contra sus representados por los proyectos “Il Torino” y “Amazon”, en estos términos:

De lo anterior se desprende que el proyecto “Tassel” en sus Torres II y III, así como los proyectos Il Torino y Amazon fueron promocionados sin contar con las licencias de construcción requeridas, contrariando de esa forma lo previsto en el artículo 99 numeral 1° de la Ley 388 de 1997 y el Decreto 654 de 2006. Sobre la promoción de dichas urbanizaciones es suficiente la prueba testimonial de los afectados que acudieron al juicio y el informe pericial de la Contadora del C.T.I. al respecto. Por consiguiente, de los elementos de juicio ya mencionados, la Sala logra concluir que los hechos atribuidos encasillan en la descripción típica contenida en el artículo 318 del Código Penal como urbanización ilegal, toda vez que durante los años 2007 y 2008 fueron promocionados los proyectos de vivienda “Tassel” en sus torres II y III, “Il Torino” y “Amazon”, ubicados en el Municipio de Envigado, por el Presidente de Uno Más Uno, el señor Raúl Echeverri Toro, y los miembros directivos, los señores Hernando de Jesús Henao Velásquez, Jorge William Lema Botero, Jorge Montañez Flórez y Renato Garcés Herrera, con ausencia del cumplimiento de los requisitos legales

anteriormente indicados⁴⁶.

Esta conclusión se robustece con las actas de Asambleas de accionistas 006 del 18 de abril de 2006 y 007 del 25 de abril de 2007, pues en la primera, del gerente de la empresa, Raúl Echeverri Toro señaló en su informe de gestión que, en relación con “Tassel”, se tenía proyectado construir 88 apartamentos con áreas de 86 y 94 metros en 2 torres y 42 apartamentos de áreas mayores en 1 torre, con un valor estimado de ventas de \$17.500.000.000.00.

En la segunda, el mismo directivo replanteó la propuesta anterior, para señalar que del proyecto “Tassel” se construirían tres torres para un total de 120 apartamentos y que, a esa fecha, de la torre 2, se tenían vendidos 29 apartamentos, de la torre 3, su venta inició esa semana y del proyecto “Il Torino”, se habían vendido 9 apartamentos.

En conclusión, no surge duda que la promoción de esas edificaciones, al igual que la de “Amazon” se adelantó sin contar con la respectiva licencia de construcción, como bien lo precisó el juez plural.

La censura no prospera.

III. Violación directa frente al delito de estafa masa agravada (Cargo principal).

El defensor de Renato Garcés Herrera aduce que la colegiatura incurrió en aplicación indebida del precepto 246 del Código Penal porque, en el análisis que realizó de los elementos que configuran el punible de estafa y su adecuación con los hechos establecidos como probados en la sentencia, el relativo a la obtención del provecho ilícito no tuvo confirmación probatoria e inclusive fue confundido con el ánimo de lucro.

El planteamiento, según se observa, no revela un yerro intelectual del juzgador al momento de ajustar los hechos en la disposición sustantiva que se dice indebidamente aplicada, sino

un supuesto desacierto de orden probatorio que, en realidad, no tuvo ocurrencia, porque es fruto de la lectura fraccionada de la sentencia de segunda instancia.

Contrario al entendimiento del censor, la Sala constata que, en el cometido de acreditar estructurados los elementos de la conducta punible, el Ad quem comenzó por advertir que no está demostrado el propósito de defraudar desde un principio a los eventuales compradores porque,

...bien puede haber ocurrido que la actividad inicialmente se proyectara dentro de la licitud propia de los proyectos de construcción de urbanizaciones para el lucro personal, puesto que no hay claridad de que no fuera así y el haber invertido parte considerable del dinero captado en adelantar en parte la construcción de la Torre I de Tassel, así lo sugieren, así como haber obtenido algunas licencias⁴⁷.

Pero enseguida precisó que los artificios o medios engañosos que sí resultaron aptos para inducir en error a las víctimas se contraen a que,

...se haya captado dinero de los compradores de las Torres II y III del proyecto “Tassel”, bajo el argumento de que se había llegado al punto de equilibrio, conduciendo la consignación de dineros a las cuentas privadas de la sociedad, sin abrir nueva cuenta fiduciaria que cobijara las Torres II y III, ni licencia de construcción para las mismas⁴⁸.

De ese modo, agrega, la empresa generó en los compradores el convencimiento de que dicho proyecto sería realizado, «llevándolos a entregar el valor de las cuotas iniciales y subsiguientes, cuando menos, hasta el año 2008, ocasionándoles detrimento a su patrimonio con correlativo incremento patrimonial indebido de la empresa Uno Más Uno, sin que el dinero hubiese sido devuelto»⁴⁹.

Lo anterior denota, claramente, que el sentenciador sí reconoció la existencia de un provecho ilícito con el consecuente detrimento patrimonial de los compradores y, sin

embargo, el letrado pretende soslayar ese criterio valorativo con argumentos que aparecen desvirtuados con las pruebas arrimadas a la actuación, especialmente, los testimonios de las víctimas, quienes, de manera uniforme, dieron cuenta de las maniobras utilizadas para captar sus dineros y hacer que los consignaran en las cuentas privadas de la sociedad, bajo el argumento de que se había llegado al punto de equilibrio.

Tal como se verifica en los registros de audio y lo destaca el fallador de segundo grado, Claudia Patricia López Arcila⁵⁰ compró en julio de 2006 el apartamento 802 de la Torre 1 de “Tassel”, con un parqueadero, por valor de \$135.000.000. Desde el mes de agosto de ese año consignó cuotas mensuales de \$3.160.000.00 en la Fiducia del Banco de Occidente, hasta enero de 2007, cuando fue informada que a partir de febrero siguiente debía depositar el dinero directamente en las cuentas de la empresa y que en diciembre de ese año terminó de pagar la cuota inicial.

Según indicó, el apartamento no se lo entregaron y el día pactado en la promesa de compraventa, 30 de mayo de 2008, se presentó en la notaría pero los señores de la empresa no asistieron. Que, para el momento de su testimonio, no había recuperado nada de los \$53.310.000 que alcanzó a entregar; que en abogados gastó una suma millonaria, aunque, por la liquidación de la Superintendencia de Sociedades, le adjudicaron 22 millones de pesos.

Refirió que fueron informados de los problemas financieros por los que atravesaba la empresa, pero las reuniones que se hicieron en el club, fue por presión de los mismos compradores y no a iniciativa de la sociedad.

Dijo que en algún momento pensó en retirarse del proyecto, pero Renato Garcés Herrera le advirtió que si lo hacía le cobrarían una multa y otros dineros por la cláusula penal del contrato de compraventa. Éste mismo le manifestó que el proyecto estaba parado por el tema financiero, pero que era por pocos días, cuando, en verdad, ya se sabía que para el

año 2007 no iban a continuar con el proyecto y que el dinero se había perdido. Desde el mes de julio de ese año, los empresarios se ocultaron y solo asistían a las reuniones globales en el Poblado Club.

Manifestó que siempre los engañaron y que la empresa tenía todo el dinero porque la fiducia lo había entregado y continuaron vendiendo, pese a que después de la primera reunión manifestaron la presencia de inconvenientes.

En términos similares declaró Gabriel Jaime Salazar Echeverry⁵¹, quien el 2 de mayo de 2007 negoció el apartamento 409 de la torre 3 de “Tassel”, por \$195.000.000.00., de los cuales alcanzó a cancelar 25.000.000.00; inicialmente entregó \$1.000.000.00 en la sala de ventas y después realizó varias consignaciones en la forma acordada con una señora Ángela y un señor Raúl. El resultado fue que nunca recibió el inmueble y el dinero se perdió.

A la primera, le reclamó la devolución de su dinero, pero ésta le indicó que los problemas económicos se iban a solucionar y siempre se tenía una excusa, como que estaban esperando nuevos inversionistas, o que una constructora se había interesado en asociarse.

Recalcó que nunca le informaron de dificultades económicas, ni que suspendiera los pagos; por el contrario, Ángela lo llamaba a cobrarle. Sabe que se encuentra en una lista de la Superintendencia como beneficiario de una liquidación, pero desconoce el valor.

Mencionó que desde un comienzo solicitó información de la programación de la obra y de la parte financiera, pero jamás obtuvo respuesta y cuando iba a la empresa a entregar los recibos, encontraba personas reclamando la devolución de su dinero.

Mónica María George Velásquez⁵² adujo que compró el apartamento 1206 de la Torre 2, de “Il Torino”, fue atendida por el señor Renato quien primero le ofreció el proyecto Tassel que ya estaba a punto de entregar, pero en ese momento no tenía el presupuesto y se interesó por el primero, porque se trataba de apartamentos inteligentes. También fue atendida por

una señora Ángela, quien le ofreció facilidades para un préstamo. Separó el apartamento con \$10.000.000.00. y se le indicó que podía seguir pagando moderadamente la cuota inicial, alcanzando a entregar \$40.000.000.00, de los \$265.000.000.00 que costaba el inmueble. Cuando fue a mirar, no había nada construido, se acercó al club que quedaba cerca y allí el vigilante le informó que habían estafado a mucha gente con el proyecto y que, supuestamente, los mismos empleados se habían tenido que llevar cosas del apartamento modelo para cobrar su propio sueldo. Dijo la testigo que en ese momento se desmoronó y que debido a todo eso perdió el bebé que estaba esperando, porque fueron muchos años de esfuerzo y sacrificios. Así mismo, a instancias de un abogado que la contactó, se hizo una conciliación que incluía perjuicios y se le canceló la suma de \$49.000.000.00.

Dinorah del Pilar Durán Díaz⁵³ manifestó que conoció la persona jurídica Uno Más Uno, porque el 10 de abril de 2007 compró, sobre planos del proyecto “Tassel”, el apartamento 1007 de la torre 2. En un comienzo, fue atendida en la sala de ventas por Renato Garcés Herrera, inicialmente entregó 10 millones de pesos y de ahí en adelante fue pagando las cuotas, hasta que se dio cuenta que todo era falso. En total, canceló \$26.500.000.00., en una cuenta de Davivienda, situación que le causó curiosidad porque inicialmente le habían hablado de una fiducia del Banco de Occidente, pero le explicaron que estaban haciendo el proceso para la torre 1 y debían retirar el dinero de allí, por lo cual era necesario que consignaran en la cuenta de la empresa.

El resultado del negocio fue la pérdida de su capital, por lo cual se empezaron a reunir con varios compradores, citaron a los dueños del proyecto, les solicitaron los balances y se dieron cuenta que estaban maquillados porque nada concordaba con la realidad, empezando porque no había construcción alguna. Refirió que conoció del proceso de liquidación, pero no sabe qué porcentaje le correspondió.

La testigo Luisa María Salazar⁵⁴ refirió que en el año 2007 negoció con la empresa Uno Más Uno la compra del apartamento 1408 del proyecto “Tassel”, torre 2, por valor de

\$238.000.000.00, de los cuales debía entregar 100.000.000.00 y el resto financiado. Que alcanzó a consignar en la cuenta de Davivienda la suma de 110.000.000.00 y el resultado fue que nunca le entregaron el apartamento ni su dinero. Que varias veces se reunieron en un club que queda a espaldas del proyecto, pero no le dieron soluciones.

Las anteriores narraciones, provenientes de quienes resultaron afectados económicamente, muestran las acciones desplegadas por representantes y empleados de la empresa, que llevaron a los compradores de los distintos proyectos de vivienda a despojarse de su patrimonio sin que se les hubiese hecho entrega del inmueble negociado por cada uno de ellos, como tampoco la devolución del dinero invertido. Que al pasar el tiempo advirtieron que la torre 1 de “Tassel” no avanzaba en su construcción, pues cada vez veían menos personal trabajando, y que las torres 2 y 3 nunca iniciaron su construcción, como tampoco se edificaron “Il Torino” ni “Amazon”.

Así lo manifestaron, además de los testigos recién mencionados en el fallo del Tribunal, otros compradores como Natalia Andrea Rodas (“Tassel”, Torre 2, apartamento 1306), María Catalina Mondragón (“Tassel” Torre 2, apartamento 1005), Diego Fernando Cataño (“Tassel” Torre 2, apartamento 1402), Camilo Higueta Carvajal (“Tassel” Torre 1, apartamento 1107), Nicolás Darío Ramírez Moncada (“Tassel”, Torre 1, apartamento 1403) Raúl Agustín Ochoa González (“Amazon” un apartamento)⁵⁵ y Claudia Andrea Bayona (“Tassel” Torre1, apartamento 702).

En la misma dirección, el informe pericial contable muestra que los compradores de la torre 2 de “Tassel” fueron 26 en total y le cancelaron a la empresa Uno Más Uno la suma de \$1.783.755.546.98 y de la torre 3 fueron 7 en total que pagaron \$530.790.531.00, para un total de 33 víctimas y de \$2.314.546.077.98.

De allí que frente al mismo reclamo que eleva el casacionista, el juez plural hubiese apuntado lo siguiente:

En cuanto a la demostración del ánimo de lucro que algunos defensores reclaman, ha de tenerse en cuenta que los propósitos de las personas se acreditan por su comportamiento exterior. En este caso, los acusados responsables de la comisión de la estafa, promovieron la recepción de dineros que efectivamente fueron recibidos, de lo cual se infiere el ánimo de lucro, sin que pueda demandarse razonablemente una prueba especial y diferente a lo que evidencian los hechos⁵⁶.

Así las cosas, la hipótesis de la atipicidad subjetiva tampoco encuentra respaldo, pues ningún elemento de prueba evidencia que efectivamente, como lo postula el censor, los procesados no se beneficiaron económicamente y que lo ocurrido fue una «pérdida colectiva de dinero, consecuencia de la impericia de los promotores de un proyecto empresarial, que no puede ser desarrollado por llegar a un estado de iliquidez definitiva».

De acuerdo con la prueba debidamente incorporada al juicio, resulta insostenible asegurar que el fracaso del proyecto generó una pérdida económica para los socios, cuando ni siquiera el liquidador de la Superintendencia de Sociedades de Medellín pudo obtener los libros de contabilidad de la empresa, cuestión que «evidencia falta de transparencia, que a su vez se convierte en un elemento indicador válido para deducir que no se trataba de un asunto enteramente lícito»⁵⁷.

También es alejado de la realidad afirmar que la falta de liquidez fue la causa de la suspensión temporal del proyecto, cuando la única edificación que se inició fue la torre 1 de “Tassel”, tal como lo puso de presente el ingeniero Walberto Rosero, perito del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, encargado de realizar una evaluación presupuestal al proyecto de vivienda, quien describió así lo que encontró en el lugar:

El proyecto, al momento de la visita se encontraba sin vías de acceso, el proyecto de lo que estaba establecido en los planos era un proyecto de tres torres, creo que tenía piscinas para niños, piscinas para adultos, parqueadero y una cancha de tenis lo que estaba en los

planos, cuando en una estructura en obra negra en la cual apenas se habían ejecutado los cuatro niveles de parqueaderos y seis niveles de apartamentos con el último nivel únicamente en columnas y muros solamente vertical sin entrepiso, no contaba con vías de acceso, los pisos de los primeros niveles estaban en tierra, creo que existía un tanque de almacenamiento de agua completamente lleno (...)58.

Es lógico que genere desconfianza a los compradores advertir que el tiempo pasa y las obras no avanzan, que cada vez encuentren en ellas menos trabajadores, que los directivos no den la cara, que se hable de problemas financieros, sin pronta solución. Por esa razón, tampoco puede afirmar el censor que como la mayoría de promitentes dejó de pagar sus cuotas, ello produjo incapacidad financiera de la sociedad para continuar con sus proyectos, porque, según lo atestiguaron varias víctimas, a pesar de las dificultades que afrontaba la Sociedad Inversiones Uno Más Uno, nunca se les indicó que dejaran de pagar y, por el contrario, se les requirió para que estuvieran al día y consignaran en las cuentas privadas. Cuando se enteraron de lo ocurrido, después de haber entregado sus dineros, se unieron y citaron a los directivos para buscar soluciones que nunca progresaron.

Todo ello, muestra el doloso propósito de obtener provecho ilícito y por ello, permanece inalterable el juicio de responsabilidad contra Renato Garcés Herrera quien lideraba la venta de apartamentos que nunca se construyeron y la entrega de dineros que tampoco se devolvieron.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folio 6 Cuaderno 1.
- 2 Folio 14 lb.
- 3 Folios 186 y 187 lb.
- 4 Folios 1 a 55 lb.
- 5 Folios 138 y 163 lb.
- 6 Folios 184 lb. y 250 y 251 Cuaderno 2.
- 7 Folio 273 lb.
- 8 Folio 586 Cuaderno 3

- 9 Folios 589 a 603 lb.
- 10 Folios 667 a 723 lb.
- 11 Folios 711 y 712 Cuaderno del Tribunal.
- 12 Folio 503 vto. Cuaderno 3.
- 13 Folio 516 vto. lb.
- 14 Folio 10 Cuaderno 1.
- 15 Folio 16 lb.
- 16 Folios 8 y 21 lb.
- 17 Artículo 318. Urbanización Ilegal. El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá (...).
- 18 Folio 691 Cuaderno del Tribunal.
- 19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de septiembre de 2001, radicación No. 15988 [Nota del texto transcrito].
- 20 Introdujo modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9ª de 1989 y en el Decreto 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas.
- 21 Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas, al reconocimiento de edificaciones, a la función pública que desempeñan los curadores urbanos, a la legalización de los asentamientos humanos constituidos

por viviendas de interés social y se expiden otras disposiciones.

22 Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

23 Esa regulación busca disminuir y facilitar los trámites, obliga a los funcionarios a dar estricta aplicación a la norma. No se anuncian los reglamentos de propiedad horizontal, que anteriormente se adjuntaban.

www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3008222.

24 Reforma la Ley 66 de 1968 y reglamenta la actividad relacionada con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

25 Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa «Que atañe o se aplica a una persona o cosa determinada».

26 SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado., ob., cit., p. 543.

27 Ley 388 de 1997.

28 SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado., ob., cit., p. 545.

29 SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado., ob., cit., p. 543.

30 Folio 690 Cuaderno del Tribunal.

- 31 Folio 602 Cuaderno 3.
- 32 Folio 442 Cuaderno 3.
- 33 Sesión del 13 de agosto de 2015, CD 3, récord:00:50:04 en adelante.
- 34 Ib., récord 00:55:00 en adelante.
- 35 Sesión del 6 del 6 de julio de 2015, CD 3, récord 00:04:24 en adelante.
- 36 Ib., récord 00:08:22 en adelante.
- 37 Ib., récord 01:04:33 en adelante.
- 38 Ib., récord 01:24:14 en adelante.
- 39 Sesión del 16 de julio de 2015, CD 4, récord: 01:10:24 en adelante.
- 40 Folio 403 Cuaderno 2.
- 41 Folio 417 Ib.
- 42 Folios 693 a 695 Cuaderno del Tribunal.
- 43 Folios 383 a 388 del Cuaderno 2.
- 44 Folios 339 a 341 Ib.
- 45 Folios 339 y ss Ib.
- 46 Folio 696 Cuaderno del Tribunal.
- 47 Folio 703 Cuaderno del Tribunal.

48 lb.

49 Folio 710 lb.

50 Cd 3, sesión del 30 de junio de 2015, récord 00:01:52 en adelante.

51 lb. Récord 00:03:52 en adelante.

52 Cd 4, sesión del 16 de julio de 2015, récord 00:04:15 en adelante.

53 lb, récord 00:17:30 en adelante.

54 lb, récord 01:08:25 en adelante.

55 Este testigo manifestó que compró sobre planos, había una promoción de comprar un apartamento y a los tres años le entregaban otro gratis y al final le respondieron por el dinero que había entregado. Sesión del 16 de julio de 2015, CD 3, récord 00:01:43 en adelante.

56 Folio 713 lb.

57 lb.

58 Sesión del 6 de julio de 2015, CD 2, récord 00:03:33 en adelante.