



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP3630-2018
Radicación n.º 50981
Acta 288

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide de fondo sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** y **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL** contra la sentencia proferida el 20 de febrero de

2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, que revocó parcialmente la emitida el 3 de agosto de 2011 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, que los había absuelto por el delito de peculado por apropiación en grado de intervinientes, para condenarlos, en cambio, en calidad de cómplices¹.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el *ad quem* en los siguientes términos:

*1. El 6 de septiembre de 2005 la Cooperativa de caficultores de Calarcá (COOCAFÉ LTDA.) representada por **José Guillermo Jaramillo Cárdenas** y la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA (entonces FIDUVALLE)² representada por Martha Car Zárate, constituyeron una FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN, cuyo objeto era servir de fuente o medio de pago de las obligaciones que el fideicomitente contrajera con el inversionista beneficiario por la recompra de derechos de beneficio.*

2. Dentro de dicha transacción, se creó un "patrimonio autónomo" con los bienes fideicomitidos (unas facturas cambiarias) y con los demás bienes que con ocasión del contrato, llegare a recibir la fiduciaria. Para los anteriores efectos, COOCAFÉ transfirió a la Fiduciaria, facturas cambiarias de compraventa (endosadas en propiedad) originadas en el contrato de compra y exportación de café suscritas con ECOCAFÉ S.A., las cuales servirían como fuente de pago de las obligaciones. En dicho proceso intervino la banca de inversión VISEMSA S.A., representada por Ernesto Ávila Bello que actuaba como intermediaria y organismo compensador garante de las obligaciones que el patrimonio autónomo llegara a contraer en cumplimiento del objeto del contrato. Esta contactaba inversionistas (personas naturales o jurídicas) con el fin de que

¹ Igualmente, confirmó la condena impuesta a **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** y **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** por el punible de peculado por apropiación y por el contrato sin cumplimiento de requisitos legales en torno a **GONZÁLEZ RONCANCIO**, así como la absolución proferida en primera instancia respecto de éste último por el delito de cohecho propio, así como declaró la prescripción de la acción penal en favor de **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** por el reato de cohecho por dar u ofrecer.

² Visible a folio 209 y s.s. del c.o. 5. [Cita consignada en el texto transcrito].

estos entregaran recursos al patrimonio autónomo constituido mediante la fiducia.

3. Con el fin de obtener recursos para el financiamiento de sus actividades productivas, y de conformidad con lo advertido en la consideración dos del contrato, el fideicomitente (COOCAFÉ LTDA) realizó ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, de los derechos de beneficio que tenía a su favor (Patrimonio autónomo conformado por las facturas cambiarias de compra-venta) a la Alcaldía de Villavicencio. En dichas ofertas, COOCAFÉ³ cede en favor de la Alcaldía de Villavicencio, los derechos de beneficio que tiene en el fideicomiso, en procura del cumplimiento del objeto del patrimonio autónomo.

4. Las ofertas fueron aceptadas por los tesoreros del ente territorial, y efectuadas las colocaciones provenientes de los excedentes de liquidez de regalías y del sistema general de participaciones el municipio de Villavicencio se constituyó como inversionista beneficiario en la referida fiducia. De esta manera, durante las vigencias fiscales de los años 2005 y 2006 los señores Miguel González Roncancio y Agustín Hortúa [R]odríguez en su calidad de tesoreros de la Alcaldía de Villavicencio (Meta), desconociendo lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, dispusieron la colocación de excedentes de liquidez de recursos de regalías en cuantía de treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000.00), en el patrimonio autónomo, constituidos entre empresas particulares y sociedades fiduciarias (COOCAFÉ-VISEMSA), las que a su vez ofertaron la "cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición", en favor del municipio. Por dicha colocación dineraria, estos servidores públicos recibieron dinero de parte de los agentes comerciales de estas sociedades.

Finalmente el municipio de Villavicencio resultó afectado patrimonialmente en cuantía de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000.00), que no fueron devueltos por el fideicomitente.⁴

2. Con ocasión de unos informes rendidos por la Superintendencia Financiera de Colombia⁵, la Procuraduría General de la Nación⁶ y la Contraloría General de la República⁷, el 16 de mayo de 2008 una Fiscal adscrita a la

³ Visibles en cuaderno de anexo original 1. [Cita consignada en el texto transcrito].

⁴ Cfr. folios 118-120 del cuaderno original del Tribunal 1.

⁵ Cfr. folios 2-19 del cuaderno original 1.

⁶ Cfr. folios 21-45 *ibidem*.

⁷ Cfr. folios 46-120 *ibidem*.

Unidad Nacional contra el Lavado de Activos profirió resolución de apertura de investigación preliminar⁸.

3. Previa práctica de algunas pruebas, el 13 de marzo de 2009 se declaró formalmente abierta la instrucción y se dispuso la vinculación mediante indagatoria de **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**, AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** y JAIRO HERNANDO ARIAS PUERTA⁹.

4. Lo mismo se dispuso frente a ERNESTO ÁVILA BELLO y **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS** el 21 de mayo del mismo año¹⁰ y respecto de **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL** el 11 de agosto siguiente¹¹.

5. La situación jurídica de los procesados se definió el 3 de diciembre de dicha calenda, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y cohecho propio en relación con **GONZÁLEZ RONCANCIO** y HORTÚA RODRÍGUEZ como autores y en torno a los demás, solo por el primero de los reatos mencionados, a título de intervinientes¹².

6. El 20 de abril de 2010 se clausuró parcialmente el ciclo instructivo frente a **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**, AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, ERNESTO ÁVILA BELLO, **EDGAR**

⁸ Cfr. folios 125-127 *ibidem*.

⁹ Cfr. folios 286-291 del cuaderno original 3.

¹⁰ Cfr. folio 83 del cuaderno original 5.

¹¹ Cfr. folio 22 del cuaderno original 6.

¹² Cfr. folios 200-268 del cuaderno original 7.

ANTONIO AHUMADA SABOGAL y **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS**¹³. Lo propio se hizo el 29 del referido mes en cuanto a **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO**, declarándose la ruptura de la actuación procesal respecto de **JAIRO HERNANDO ARIAS PUERTA**¹⁴.

7. Al día siguiente se llevó a cabo audiencia de formulación y aceptación de cargos por parte de **ERNESTO ÁVILA BELLO**.¹⁵

8. El mérito del sumario se calificó con resolución de acusación del 1º de junio de 2010 contra los restantes procesados en los mismos términos de la definición de situación jurídica, salvo porque a **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** también se le imputó el injusto de cohecho por dar u ofrecer, a **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** el de cohecho propio y a todos se les atribuyeron las circunstancias de menor punibilidad del numeral 1 del artículo 55 del Código Penal y de mayor punibilidad, descritas en los numerales 1, 9 y 10 del canon 58 *ejusdem*, menos a **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS** a quien sólo se le endilgaron las dos primeras¹⁶.

9. Contra dicha decisión, el apoderado de **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS** interpuso recurso de

¹³ Cfr. folio 274 del cuaderno original 13.

¹⁴ Cfr. folio 48 del cuaderno original 14.

¹⁵ Cfr. folios 168-184 *ibidem*.

¹⁶ Cfr. folios 107-221 del cuaderno original 15. Se precisa que en esa determinación las circunstancias de menor y mayor punibilidad y la circunstancia de agravación específica por la cuantía del peculado por apropiación no constan en la parte resolutive de la providencia sino solo en la motiva. En la misma decisión se le confirió la libertad provisional a **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO**.

reposición y en subsidio apelación. Los demás defensores sólo promovieron éste último. El primero se decidió de manera desfavorable el 15 de julio siguiente¹⁷ y el de carácter vertical se desató el 29 de septiembre ulterior por el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de confirmar la decisión impugnada¹⁸.

10. El 23 de noviembre del mismo año el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio corrió el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁹.

11. La audiencia preparatoria se celebró el 15 de febrero de 2011²⁰.

12. El 15 de abril posterior se surtió diligencia de formulación y aceptación de cargos en relación con AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ²¹.

13. La vista pública de juzgamiento inició el 28 de igual mes²² y culminó el 24 de mayo siguiente²³.

14. Mediante sentencia del 3 de agosto de 2011, el juzgador absolvió a **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL** y **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** por el delito de peculado

¹⁷ Cfr. folio 146 del cuaderno original 16.

¹⁸ Cfr. folios 32-66 del cuaderno de segunda instancia 6.

¹⁹ Cfr. folio 9 del cuaderno original 17.

²⁰ Cfr. folios 198-228 *ibidem*.

²¹ Cfr. folios 35-41 del cuaderno original 19.

²² Cfr. folios 65-77 y 80-98 *ibidem*.

²³ Cfr. folios 146-362 *ibidem*.

por apropiación, en grado de intervinientes, y a **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** por el de cohecho propio.

Igualmente emitió condena de la manera que enseguida se reseña:

14.1 **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**: doscientos once (211) meses y un (1) día de prisión, cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y la sanción intemporal para ejercer funciones y cargos públicos, por los punibles de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

14.2. **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS**: ciento treinta y cuatro (134) meses de prisión, diez (10) s.m.l.m.v. de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término que la privativa de la libertad, por el reato de peculado por apropiación.

14.3. **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO**: 55 meses de prisión, 5 s.m.l.m.v. de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la aflictiva de la libertad, por el injusto de cohecho por dar u ofrecer.

Finalmente, condenó al pago solidario de seis mil cuatrocientos ochenta y ocho millones, trescientos cinco mil, setecientos cuarenta y cinco pesos (\$6.488.305.745) a cargo

de **GONZÁLEZ RONCANCIO** y **JARAMILLO CÁRDENAS** por concepto de perjuicios materiales²⁴.

15. Inconformes con el fallo, los defensores de **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS**, **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**, **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** y los representantes de la Fiscalía, la parte civil –municipio de Villavicencio- y la Procuraduría lo apelaron, por lo que el 20 de febrero de 2017 fue confirmado parcialmente por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, en cuanto a las condenas proferidas en primera instancia contra **GONZÁLEZ RONCANCIO** y **JARAMILLO CÁRDENAS**, con las modificaciones consistentes en condenar al primero por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros a título de coautor, e imponerle la multa de \$6.035.740.244 y al segundo \$6.000.000.000 por idéntico concepto.

Igualmente, revocó la sentencia impugnada frente a las absoluciones que habían cobijado a **AHUMADA SABOGAL** y **HURTADO OROZCO**, para condenarlos a título de cómplices del reato de peculado por apropiación a favor de terceros a las penas de 120 meses de prisión y \$3.000.000.000 de multa.

Del mismo modo, adicionó el proveído en el sentido de imponer a todos los sentenciados la inhabilitación intemporal de que trata el inciso 5° del artículo 122 de la

²⁴ Cfr. folios 25-273 del cuaderno original 20. Del mismo modo, compulsó copias penales a efecto de que se investiguen las conductas en que pudieran haber incurrido los funcionarios de Corficolombiana S.A.

Constitución Política²⁵ y negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria a **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL**, así como aclaró que la negativa de los referidos subrogado y sustituto respecto de **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** lo es por el delito de peculado por apropiación.

Finalmente, declaró la prescripción de la acción penal del delito de cohecho por dar u ofrecer en favor de **HURTADO OROZCO**, y en consecuencia, decretó la cesación de procedimiento por ese comportamiento delictivo.²⁶

16. Contra este proveído **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL**²⁷ y los defensores de **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**²⁸, **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO**²⁹ y **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS**³⁰ interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación y todos los apoderados presentaron, en tiempo, los correspondientes libelos³¹.

17. Mediante auto AP3310-2018, el pasado 1º de agosto la Corte inadmitió las demandas formuladas en favor de **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** y **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO**

²⁵ Se precisa que en la parte motiva de la providencia se indicó: «(...) Asimismo habrá de entenderse que la inhabilitación para el ejercicio de los demás derechos políticos en cabeza de los sentenciados, lo es por un lapso igual al de la pena de prisión. En este sentido se adicionará el fallo apelado.» Cfr. folio 205 del cuaderno original del Tribunal 1.

²⁶ Cfr. folios 118-209 del cuaderno original del Tribunal 1. También dispuso compulsar copias penales respecto de los delitos que pudieran haber cometido el Alcalde Municipal de Villavicencio para la época de los hechos y los funcionarios públicos, representantes legales de las entidades que conformaron los patrimonios autónomos y de las fiduciarias y comisionistas involucrados en tales actos.

²⁷ Cfr. folio 232 *ibidem*.

²⁸ Cfr. folio 251 *ibidem*.

²⁹ Cfr. folio 252 *ibidem*.

³⁰ Cfr. folio 261 *ibidem*.

³¹ Cfr. folios 9-38; 39-77; 80-114 y 115-173 del cuaderno original del Tribunal 2.

CÁRDENAS y admitió las concernientes a **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** y **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL**³².

18. El 17 de agosto del año en curso la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal rindió el concepto de rigor³³.

LAS DEMANDAS

1. A favor de GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO

Cumplido el resumen de los hechos, el censor compendia las sentencias de las instancias y la actuación procesal, luego de lo cual postula un cargo conforme al numeral primero del canon 207 del Estatuto Adjetivo del 2000, por la ruta de la violación indirecta de la ley sustancial, en el sentido de error de hecho, bajo las modalidades de falso juicio de existencia y falso raciocinio.

En el propósito de sustentar la última categoría de defecto mencionada, luego de destacar que el Tribunal consideró que la responsabilidad en contra de su cliente surgía de las labores desplegadas por él a fin de lograr que los funcionarios públicos hicieran las colocaciones, se queja de que inadvertiera que, precisamente, por el contrato de corretaje, su función consistía en conseguir inversionistas

³² Cfr. folios 12-80 del cuaderno de la Corte.

³³ Cfr. folios 95-130 *ibidem*.

con destino a un patrimonio autónomo administrado por una fiduciaria, para cuyo objetivo *«debía hacer uso de todas sus habilidades a fin de asegurar un adecuado resultado, tanto para el inversionista, la Fiduciaria, el patrimonio autónomo y finalmente para [é]l mismo, pues de su gestión dependía obviamente su remuneración.»*³⁴

Según el censor, el *ad quem* no explicó por qué del diligente desarrollo de su labor, se desprende que el acusado sabía que las inversiones eran ilícitas, siendo que tal gestión era pertinente, adecuada y recomendada dentro del contrato de intermediación comercial.

A juicio del defensor, la colegiatura *«le da a las anteriores aseveraciones la valoración de una prueba indiciaria»*³⁵, en donde la premisa mayor es que **HURTADO OROZCO** le explicó a los tesoreros las ventajas de la inversión, llevó las propuestas, recogió las copias de las consignaciones efectuadas por el municipio, remitió los certificados de la colocación de los dineros, allegó las consignaciones de los rendimientos, la premisa menor dada por una regla de la experiencia consistente en que quien realiza una labor de corretaje debe cumplir con las referidas actividades y la conclusión según la cual el acusado sabía de lo ilícito de la negociación y fue cómplice en el delito de peculado.

De otro lado, frente al falso juicio de existencia, una vez recuerda que el juez plural igualmente elevó juicio de

³⁴ Cfr. folio 93 *ibidem*.

³⁵ Cfr. folio 94 *ibidem*.

reproche contra el procesado por la forma en que obtuvo el pago de las cuantiosas comisiones derivadas del referido negocio jurídico, esto es, a través de familiares, amigos y conocidos, cita los testimonios de algunos de ellos –MARÍA XIMENA OROZCO MORA y GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO–, de los que surgiría que el procesado cobró parte de las comisiones a través de terceros, para efectos de disminuir la carga tributaria en la declaración de renta, asegurando que no fueron valorados. Aunque aquella conducta de su cliente no es ética ni legal no se puede confundir, arguye, con la maniobra de ocultar bienes provenientes de actividades ilícitas.

La Sala Penal también incurrió en falso juicio de existencia por suposición al señalar que la cantidad de dinero recibida por **HURTADO OROZCO**, por concepto de comisiones, demuestra que la labor de corretaje era ilegal, pues tal aseveración es subjetiva, ya que no existe ninguna prueba que así lo indique debido a que aquellas se fijaron «*conforme regularmente se establecen para este tipo de actividades en el mercado*»³⁶. Por eso, estima que «*la forma tendenciosa como el Tribunal califica estas cantidades de dinero, representa un desconocimiento de la actividad comercial*»³⁷, dado que solo cuando el monto percibido es superior al pactado como honorarios se puede predicar una actividad ilícita.

No obstante, el *ad quem* no señaló en qué medio probatorio se basa para adjudicar responsabilidad a su

³⁶ Cfr. folio 99 *ibidem*.

³⁷ Cfr. folios 99-100 *ibidem*.

cliente por el hecho de haber percibido la contraprestación estipulada en el contrato de prestación de servicios, suscrito con D&PE S.A. y VISEMSA S.A. Contrario a ello, el *a quo* reconoció que el cobro de las comisiones respondió al propósito de disminuir su carga tributaria.

De esta manera, considera el jurista que el juez colegiado incurrió en falso juicio de existencia por suposición al acoger la tesis de la Fiscalía, en el sentido que los pagos fraccionados a terceros evidencian el propósito de ocultar el origen de los recursos obtenidos en la labor de intermediación.

En cuanto al indicio resultante del hallazgo de tres hojas de papel en blanco con el logo de la Alcaldía de Villavicencio, en la oficina de BUSINESS FINANCIAL SERVICES LTDA., del que se dedujo el designio criminal de lograr la apropiación de los dineros estatales, el casacionista estima que recayó en falso juicio de identidad por distorsión porque se trata de *«una aseveración de un corte absolutamente subjetivo»*³⁸, en la que se le da trascendencia a un hecho irrelevante, pues no se comprende qué tiene que ver tal papelería o los recibos de las comisiones, también encontrados en la inspección judicial, con el conocimiento que el acusado pudiera tener del peculado, incluso al involucrar en dicho suceso al otro procesado **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL**.

³⁸ Cfr. folio 102 *ibidem*.

Así mismo, la afirmación del Tribunal en el sentido que su prohijado prestó su concurso en la estructuración del negocio fiduciario y, por ende, en el punible de peculado, desconoce que aquél se celebró entre la fiduciaria – FIDUVALLE S.A., más adelante CORFICOLOMBIANA S.A.- y el fideicomitente -COOCAFÉ LTDA.-.

Destaca que su asistido, en su calidad de representante comercial, sólo se ocupó de ofrecer el producto a los posibles inversionistas a partir de la firma del contrato de prestación de servicios -8 de agosto de 2005-, esto es, después de que las inversiones se empezaran a hacer -2004-, conforme lo comprueba el acta No. 10 del 26 de noviembre de 2004 del Comité de Hacienda del municipio en el que se discutió la posible inversión en fiducias. Por lo tanto, no se puede concluir que **HURTADO OROZCO** participó en la estructuración del negocio.

Aunque el *ad quem* aseveró que, por su experiencia profesional, el procesado debió conocer el alcance del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, para el demandante no es así porque i) su actividad laboral únicamente se había desarrollado en el sector privado y frente a productos financieros diferentes al finalmente ofrecido, respecto al cual sólo recibió una capacitación por la firma D&PE S.A. y ii) quienes tenían práctica en el manejo de los dineros públicos eran el tesorero y el Comité de Hacienda, integrado por aquél, un delegado del alcalde, el secretario de esa cartera, los

directores de presupuesto, contabilidad e impuestos, la asesora y el profesional de planeación.

Además, FIDUVALLE tenía la obligación de vigilar y certificar que los dineros de los inversionistas no provinieran de actividades ilícitas (numeral 11 de la cláusula 8 del contrato de fiducia).

Concluye que, a su procurado *«no le era exigible, ir más allá de sus conocimientos financieros o jurídicos, cuando las entidades encargadas de la vigilancia y estructuración de las inversiones no habían realizado pronunciamiento alguno sobre la posible ilegalidad del negocio»*³⁹. Por lo tanto, se incurrió en falso juicio de existencia por suposición, al inferir que el encausado tiene formación y experiencia en el manejo de recursos públicos.

Aduce vulnerados los artículos 238, 277 y 284 a 287 de la Ley 600 de 2000.

Invoca como fines de la casación la obtención de justicia material y la necesidad de *«reafirmar o modificar criterios anteriores o porqu[é] no desarrollar nuevas apreciaciones jurisprudenciales»*⁴⁰, en torno a la prueba indiciaria y su valoración.

2. A favor de EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL

³⁹ Cfr. folio 110 *ibidem*.

⁴⁰ Cfr. folio 113 *ibidem*.

Previa identificación de los sujetos procesales y el fallo confutado, el defensor reproduce los hechos como fueron dilucidados por el Tribunal, elabora el recuento procesal más representativo y sintetiza los fallos de instancias, luego de lo cual se refiere a la legitimación que le asiste, a la procedencia del recurso y a las finalidades perseguidas con el mismo (restablecimiento de las garantías violentadas al procesado, en particular, el principio de congruencia). Postula dos censuras.

2.1. Primera (principal)

Por la vía de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa el fallo de segunda instancia de haber sido dictado en un juicio viciado de nulidad, por cuenta de la vulneración del principio de congruencia, toda vez que la Fiscalía acusó a su cliente en calidad de interviniente pero la Sala Penal revocó la absolución de primer nivel para condenarlo en grado de cómplice del delito de peculado por apropiación.

En desarrollo del reproche alude a las formas de calificación jurídica a cargo del ente persecutor penal, a la posibilidad de variarla conforme a los ritos del artículo 404 *ejusdem* y, en general, al marco conceptual del postulado de consonancia, para lo cual se apoya en jurisprudencia de la Corte, tras lo cual asevera que, en el caso examinado, *«existe una absoluta discrepancia entre la acusación, el juicio, y la*

sentencia de segundo grado»⁴¹, además que no se acudió a la figura consagrada en la citada norma.

Explica que, en el pliego de cargos de primer y segundo nivel, a su prohijado se le atribuyó responsabilidad en calidad de interviniente del mentado punible por tener el dominio funcional del hecho pero carecer de la condición de servidor público, grado de participación aquél que el *a quo* mantuvo en su sentencia al absolverlo y considerar que su actividad estaba amparada en un legítimo contrato de corretaje y la Fiscalía también conservó en la apelación.

No obstante, el Tribunal *«prescindió del marco jurídico objeto del juicio, al variar la calificación jurídica sin la observancia de los requisitos prefijados por Ley –artículo 404- y, (sic) insístase, sin brindar la posibilidad procesal de ejercitar el derecho de defensa frente a los nuevos cargos endilgados»*⁴².

Según el letrado, a la colegiatura *«le bastó realizar una serie de afirmaciones tergiversadas del lenguaje utilizado en la resolución de acusación para justificar su ilegítimo proceder»*⁴³, pues indicó que de algunos fragmentos de dicha providencia surgía que la verdadera atribución de responsabilidad se hizo a título de cómplice.

⁴¹ Cfr. folio 143 *ibidem*.

⁴² Cfr. folio 148 *ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

Tal proceder del juez plural conculcó, asegura el jurista, el derecho de defensa porque impidió ejercer el derecho de contradicción frente al nuevo cargo por el que se condenó.

En este punto, añade que, ante el juez de primera instancia, se probó que el acusado carecía de dominio funcional del hecho, porque no tuvo la posibilidad de decidir sobre la suscripción de los contratos o el destino de los recursos públicos –lo cual admitió el *ad quem*-, y solamente sirvió de puente entre las partes contractuales, al amparo del contrato de corretaje.

Al variar el grado de participación, argumenta, el Tribunal derrumbó la estrategia defensiva ya que no se «gozó de la oportunidad de demostrar la inexistencia de los requisitos esenciales exigidos por esta forma de participación criminal en sentido estricto»⁴⁴ o de establecer si se trataba de una complicidad necesaria o no, primaria o secundaria.

En igual sentido, asegura que, si desde la acusación se hubiera calificado la conducta de su representado en grado de cómplice,

la defensa hubiese encaminado todos sus esfuerzos ya no en demostrar la ausencia de dominio del hecho del señor AHUMADA SABOGAL, sino en primer lugar, a comprobar que su aporte CARECÍA de trascendencia alguna para el desarrollo del negocio. Así mismo, en segundo lugar, se habría podido probar que NUNCA existió un acuerdo previo o concomitante con las partes e intervinientes en el negocio jurídico, que tuviera como finalidad la apropiación de los recursos del Municipio (cuestión que reconoce el Tribunal al desechar la figura de interviniente pero que, después, afirma frente a la calidad de cómplice), porque NO es posible predicar el dolo de [su] prohijado en la realización de alguna

⁴⁴ Cfr. folio 151 *ibidem*.

*actividad ilícita porque él actuó amparado en un contrato de corretaje válido y legal, según los dictados de la ley comercial.*⁴⁵

Y agrega que podría haber probado que en el comportamiento de su cliente «no concurren los dos resultados que, para la estructuración legal y dogmática de la figura, se requieren: uno, la ayuda al autor en la realización del hecho; y otro, la realización del hecho principal por parte del autor»⁴⁶, y tampoco los requisitos de la complicidad consistentes en la vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice, la cual debe ser dolosa, contribución no necesariamente coetánea al suceso, en la que no puede tener dominio del hecho.

Según el letrado, para condenar a su asistido, el Tribunal empleó la prohibición de regreso y «cayó en una vulgar forma de responsabilidad objetiva»⁴⁷, pese a que ella está proscrita por el artículo 12 del Código Penal.

Añade que lo anterior también impidió «contradecir la forma caprichosa como se determinó la sanción imponible, pues la pena se fijó dentro de los cuartos medios sin respetar los criterios que emanan de los artículos [30 inciso 3° y 61 del Código Penal]»⁴⁸.

Solicita casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado desde la providencia que califica el

⁴⁵ Cfr. folios 152-153 *ibidem*.

⁴⁶ Cfr. folio 153 *ibidem*.

⁴⁷ Cfr. folio 155 *ibidem*.

⁴⁸ Cfr. folio 152 *ibidem*.

mérito del sumario, a efecto de que se impute la calidad de cómplice a su mandante.

2.2. Segundo (subsidiario)

Por la senda de la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, denuncia la transgresión del principio de consonancia derivada de haberse apartado el Tribunal de la calificación jurídica plasmada en el pliego de cargos, que le endilgó a **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL** la calidad de interviniente del delito de peculado por apropiación, mientras fue condenado como cómplice.

En desarrollo de la censura, se refiere en idénticos términos que los expuestos en el precedente cargo al desarrollo conceptual del postulado de congruencia y a la manera en que se habría quebrantado en el caso concreto.

Reclama casar el fallo demandado y confirmar el de primer nivel.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal solicita no casar la sentencia impugnada, conforme a las siguientes razones:

1. Demanda formulada a favor de GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO

Luego de recordar que el esquema comercial aquí juzgado ha venido siendo empleado por diferentes empresarios privados para financiar sus actividades particulares, con recursos públicos, resalta que el mismo también procura evitar créditos a través del sector financiero o bancario, para lo cual se valen de intermediarios que se encargan de conseguir inversionistas a cambio de grandes comisiones.

Para la funcionaria, como lo indicó la sentencia, **HURTADO OROZCO** es responsable a título de cómplice, porque ayudó a los tesoreros a lograr la disposición irregular de los recursos del municipio de Villavicencio, ya que si bien no tuvo dominio del hecho, porque la decisión de la inversión sólo la podían adoptar esos funcionarios, el procesado actuó como un colaborador en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Coincide la Delegada con el Tribunal en que «*el comportamiento del procesado estuvo dirigido a convencer a los administradores de los recursos públicos y servir de puente entre el patrimonio autónomo y el ente territorial, siempre a nombre de las empresas intermediarias para las que laboraban*»⁴⁹, labores estas que, como lo advirtieron los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público en las apelaciones, desbordaron la función propia del corredor.

⁴⁹ Cfr. folio 105 *ibidem*.

Luego de aludir a la noción jurídica de corretaje (artículo 1340 del Código de Comercio), afirma que la actividad del acusado no se limitó a dar a conocer y a presentar a los representantes de la fiducia para que explicaran los pormenores del negocio, sino que ilustraron a los posibles inversores sobre los beneficios que obtendrían de confiar su capital al patrimonio autónomo, esto es, acerca de los altos rendimientos.

En opinión de la Procuraduría, en forma insólita, los sentenciados sobrepasaron esta clase de contrato, *«para convertirse en las personas [que] "explicaban las ventajas del negocio, llevaban las propuestas, recogían las copias de las consignaciones efectuadas por el ente territorial, remitían las certificaciones de las inversiones, llevaban las pruebas de las consignaciones de los rendimientos, entre otros"»*⁵⁰, siendo, entonces, una causa eficiente en la comisión del delito de peculado a favor de terceros.

Frente a la remuneración recibida por el acusado, resalta lo exorbitante que resultó para el *ad quem* el pago de comisiones por miles de millones de pesos con ocasión de la intermediación proveniente de su contrato de prestación de servicios profesionales con VISEMSA S.A. y BUSINESS FINANCIAL, dado que desborda las tarifas que normalmente están por el orden del 1 % o de acuerdo a lo pactado en el contrato.

⁵⁰ Cfr. folios 105-106 *ibidem*.

Igualmente, una vez ilustra sobre lo acertado del fallo impugnado al tener como indicio del dolo, la forma como se cobraron las comisiones, esto es, a través de terceras personas, asegura que, «*el demandante al construir el silogismo parte de un supuesto falso, en tanto fusiona el concepto de corredor, con el de comisionista*»⁵¹.

Explica al respecto lo siguiente:

*En efecto, si se analiza la definición del contrato de corretaje, la labor del corredor se limita a poner en contacto a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial. Se trata de un negocio jurídico ajeno, en el que el corredor es un simple facilitador para que dos, o más personas realicen o puedan llegar a realizar una negociación. En el caso concreto y según lo estableció el Tribunal a través de las declaraciones de los tesoreros implicados, el procesado **Gabriel Fernando Hurtado Orozco**, era quien llevaba las propuestas, mostraba los beneficios de la negociación, recogía las copias de las consignaciones efectuadas por el ente territorial, así como también se dedicaban a enviar las certificaciones de las inversiones y también llevaban los comprobantes de las consignaciones de los rendimientos y otras actividades más, que nada tenían que ver con un estricto concepto de contrato de corretaje.*

*En este sentido, la labor de corredor debió simplemente quedar limitada a poner en contacto a los fideicomitentes, o los fiduciarios, así como a los beneficiarios, y en el evento de llegar a algún acuerdo que culminara con una inversión, cobrar el porcentaje acordado, sin más intervención. Por manera, que cuando el demandante identifica la labor de corretaje con las diversas actividades que realizó el procesado, no existe correspondencia en el concepto y construye el silogismo sobre una base aparente, luego la conclusión, resultará necesariamente equivocada, como en efecto ocurrió.*⁵²

De otra parte, a juicio de la Procuradora, no se incurrió en falso juicio de existencia por omisión respecto de los

⁵¹ Cfr. folio 107 *ibidem*.

⁵² Cfr. folios 107-108 *ibidem*.

testimonios de CAMILO OROZCO ÁVILA y MARÍA XIMENA OROZCO MORA (tío y prima del procesado, en su orden) porque el *modus operandi* de utilizar familiares o terceros para el cobro de las comisiones que supuestamente provenían del contrato de corretaje, se reconoció por el Tribunal como un indicio de dolo, pues resulta “compatible” que deba ocultarse el rastro de las ganancias provenientes de actividades ilícitas.

Y aunque el demandante aduce que con esa maniobra se buscaba la evasión de impuestos, el Tribunal no le dio ninguna credibilidad a esa excusa, luego se advierte, dice el Ministerio Público, que lo pretendido por el libelista es que se le dé mayor valor suasorio a la versión del procesado y a sus testigos.

En cuanto a la crítica frente a las altas cantidades percibidas por el enjuiciado por concepto de comisiones, relieva que él fue condenado a título de cómplice por persuadir a los tesoreros de disponer de los dineros de las regalías para invertirlos en la fiducia constituida por COOCAFÉ, razón por la que

la tipicidad del hecho punible no se ve afectada por el acuerdo del monto de las comisiones pactadas en el aparente contrato de corretaje, en el cual los contratantes pueden acordar diferentes porcentajes, aspecto que si bien podría permitir indicar que esas sumas exorbitantes mostraban la naturaleza de un negocio diferente, no afecta ninguno de los elementos de la acción imputada al procesado para conseguir el desvío de los recursos públicos al beneficio de personas particulares.⁵³

⁵³ Cfr. folio 109 *ibidem*.

Lo mismo, dice, se puede predicar respecto al hallazgo de tres hojas en blanco de papel con el logotipo de la alcaldía durante una inspección judicial a las oficinas de Business Financial Services Ltda., así como de comprobantes de egreso de comisiones, porque aunque esto podría indicar *«un conocimiento del designio criminal como también, la confirmación de que a través de estas dádivas se conseguiría el traslado de los bienes públicos a propósitos e intereses privados»*⁵⁴, ello no incide en la tipicidad de la conducta atribuida.

Asegura, asimismo que, el hecho de que el negocio se viniera desarrollando desde el 2004, es decir antes de que **HURTADO OROZCO** firmara contrato -8 de agosto de 2005-, no descarta su responsabilidad, ya que su conducta solo complementó el *«iter criminis consistente [en] mediar para que los tesoreros continuaran invirtiendo los caudales públicos en empresas cuyos únicos beneficiarios eran los fideicomitentes y fiduciarios, en una operación en la cual el municipio perdió una importante suma de dinero (...)»*⁵⁵.

Finalmente, adviera que la prédica en el sentido que el procesado carecía de formación académica para comprender que su conducta era ilícita, carece de trascendencia, pues *«no se requieren grandes conocimientos para saber que los caudales públicos solo pueden invertirse conforme a la ley de presupuesto, inspirada en suplir el interés general de la*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Cfr. folio 110 ibidem.*

comunidad en sus más caras necesidades y no [en] el beneficio de unas pocas personas en un negocio particular.»⁵⁶

2. Demanda a favor de EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL

2.1. Primer cargo

Previa referencia a los presupuestos que rigen la demostración de las nulidades y a la evolución jurisprudencial en torno a las implicaciones de la variación de la calificación jurídica en el derecho de defensa, de cara al principio de congruencia (estricta y flexible), la Delegada estima que el *ad quem* estaba facultado para variar la calificación jurídica provisional.

Para el efecto, sintetiza la base fáctica de la imputación realizada contra el procesado en las resoluciones de acusación de primera y segunda instancias y la del fallo del Tribunal para concluir que lo vertido en éste

(...) no es nada diverso que una degradación sancionatoria del comportamiento respecto del cual se declaró esa responsabilidad penal. En tanto que como ello conlleva y de suyo, a favor del procesado, una reducción sancionatoria, tal variación no erige en sí misma una variación de la calificación jurídica provisional, en

⁵⁶ *Ibidem.*

los términos que demanda el artículo 404 del régimen procesal penal^{57,58}

Además, destaca que la sanción resultante del delito de peculado por apropiación a título de cómplice -inciso segundo del artículo 30 del Código Penal-, resulta más benigna al implicado que la que sería producto del grado de interviniente -inciso tercero de la disposición en cita-, por lo que, concluye, *«de tal actuación judicial no se irrogó, estricto sensu, una modificación de la calificación jurídica provisional enrostrada al aquí demandante en casación.»*⁵⁹

Añade que no se vulneró el derecho de defensa porque la sentencia acusada respetó de manera integral los supuestos fácticos en los que se fundó la acusación, los cuales fueron debatidos probatoria y conceptualmente en el juicio.

De igual modo, afirma, al tasar la pena se atendió la imputación de la circunstancia genérica de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, así como la gravedad del comportamiento materia de la sanción. En todo caso, indica, no se irrogó ningún perjuicio

⁵⁷ CSJ. Radicado 47500. Agosto 8 de 2018 MP Dr. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA. En el asunto examinado se advierte que la modificación entre el carácter de coautora objeto de acusación, a la de autora, contenida en los fallos de primera y segunda instancia, no modificó la imputación fáctica contenida en el pliego de cargos, ni introdujo hechos no previstos en ella, sino que con apego a los términos del llamamiento a juicio, se entendió que su participación en la comisión del ilícito configuró una autoría mediata y no una coautoría, pudiéndose sostener entre los dos actos procesales (sentencia y acusación) hay identidad fáctica en la imputación. [Cita consignada en el texto transcrito]

⁵⁸ Cfr. folio 121 del cuaderno de la Corte.

⁵⁹ Cfr. folio 123 *ibidem*.

para el procesado porque se dio una notoria reducción de los extremos sancionatorios inicialmente aplicables.

2.2. Segundo cargo

Se remite al concepto emitido frente a la censura anterior.

CONSIDERACIONES

De manera pacífica la Corte se ha ocupado de recordar que una vez admitida la demanda de casación, todas aquellas deficiencias formales y sustanciales que pudieran predicarse del libelo se entienden superadas con el exclusivo propósito de dar alcance a los propósitos descritos en el artículo 206 de la Ley 600 de 2000 (la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia impugnada).

En este caso, son múltiples los yerros argumentativos de las demandas detectados por la Sala; sin embargo, la Corte hará caso omiso a esos defectos para examinar de fondo si hay lugar a casar la sentencia condenatoria con ocasión de los defectos pregonados.

1. A favor de EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL

De entrada, se impone aclarar que, dado que los argumentos que soportan los dos cargos postulados por la defensa coinciden en lo fundamental, la Sala los abordará de manera conjunta, para evitar innecesarias reiteraciones.

De tiempo atrás, en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley y la jurisprudencia han sido consistentes en establecer que entre la conducta punible definida en el pliego de cargos y la señalada en la sentencia debe existir perfecta armonía personal –en cuanto al sujeto activo-, fáctica –en torno al hecho humano investigado, con todas sus circunstancias y motivos de agravación o atenuación- y jurídica –en punto de las normas transgredidas con la conducta-, de tal suerte que, los cargos concebidos por el órgano acusador correspondan al límite dentro del cual el juez debe verificar si cabe o no atribuir responsabilidad al presunto infractor.

Este axioma emerge como una clara garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción, toda vez que impone el deber de informar al sujeto pasivo de la acción penal el objeto concreto de persecución, a fin de que pueda tener completa claridad acerca de los hechos jurídicamente relevantes que se le endilgan y, de este modo, logre establecer la estrategia defensiva más favorable a sus intereses.

En ese orden, la alteración por el juzgador de dicha delimitación típica realizada por el ente de persecución penal

en la acusación quebranta la estructura del proceso e impide el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, en cuanto configura un nuevo e inoportuno motivo de incriminación, respecto del cual el enjuiciado no ha podido ejercer adecuadamente su contradicción.

En igual sentido, al procesado no se le pueden desconocer las circunstancias favorables que tuvieren incidencia en la individualización de la pena.

No obstante, el postulado de consonancia no es absoluto pues admite la intervención del juzgador para degradar la intensidad de la atribución jurídica de responsabilidad, incluso si no se acudió a la facultad establecida en el artículo 404 del Código Adjetivo Penal, cuando quiera que, siendo de menor entidad, la conducta punible guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (CSJ SP6354-2015).

Así lo precisó la Sala (CSJ SP, 16 mar. 2016, rad. 44288):

II. Recuérdese que la congruencia es una garantía del derecho a la defensa porque asegura que una misma persona (dimensión subjetiva) sólo pueda ser condenada por hechos (dimensión fáctica) y por delitos (dimensión jurídica) respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Además, la imperativa correlación entre la decisión intermedia de acusar y la definitiva de condenar dota al proceso de una estructura lógica en la medida en que impone la definición de un eje conceptual alrededor del cual girará el debate, por lo que es, también, un componente fundamental del debido proceso. Es decir, la congruencia implica la delimitación del objeto inmutable del juicio que tiene, en lo fundamental, una connotación

fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal⁶⁰, mientras que la calificación típica que de los mismos se hace en la resolución de acusación es «provisional» según lo dispone expresamente el artículo 398, numeral 3, del C.P.P./2000, por lo que ésta sí es susceptible de cambio o mutación durante el juicio.

*Esa posibilidad de introducir variaciones a la imputación jurídica contenida en la acusación puede concretarse a través de dos mecanismos: uno, el procedimiento contemplado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 que permite hacerlo una vez concluida la práctica de las pruebas en la audiencia pública de juzgamiento a iniciativa del fiscal o del juez, **y, dos, mediante la facultad de este último para degradar en la sentencia la entidad jurídica de los hechos materia de acusación.** En relación a estas formas de modificar la calificación típica de las conductas imputadas, desde los albores de la vigencia de la precitada Ley 600 esta Corporación sentó algunas reglas fundamentales⁶¹, de las cuales se citan las pertinentes al caso bajo examen:*

(i) Que el trámite previsto en el prementado artículo 404 sólo es imperativo para aquéllos eventos en que se pretende mutar la imputación jurídica contenida en la acusación por una más gravosa,

*(ii) **Que el juez puede degradar la responsabilidad en la sentencia, es decir, puede condenar por un delito de inferior gravedad al del pliego de cargos o reconocer una específica circunstancia de atenuación punitiva,***

(iii) Que siempre debe respetarse la «intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica», lo cual implica que no puede ser cambiado ni extralimitado. Y,

(iv) Que «La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado». Ello, por cuanto:

En la ley procesal actual, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron.

⁶⁰ Obsérvese que un requisito sustancial de la resolución de acusación es la demostración de la “ocurrencia del hecho”, de allí que uno de sus contenidos necesarios sea “La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen” (Arts. 397 y 398-1 del C.P.P./2000).

⁶¹ Sentencias del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

*III. Frente a los específicos argumentos de la demanda que se analiza, debe precisarse que la aplicación del artículo 404 del C.P.P./2000 resultaba improcedente porque, como bien lo advirtió el delegado de la Fiscalía en sus alegaciones finales, la variación de la denominación típica que en ese momento propuso al juez para que analizara en la sentencia –de Homicidio en persona protegida a Favorecimiento– representaba un aminoramiento de la responsabilidad de los acusados, no sólo desde el punto de vista punitivo⁶² sino teniendo en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos involucrados⁶³. De igual modo, es infundada la censura a la competencia del Tribunal porque éste se limitó a desatar el objeto de la impugnación del titular de la acción penal, que no era otro que la controversia de la absolución inicial y la petición de condena por Favorecimiento, por lo que respetó el ámbito material de decisión del superior fijado por el artículo 204 *ibídem*⁶⁴.*

Particularmente, en torno a la posibilidad de condenar al inculcado bajo un grado de participación diverso al enunciado en la resolución de acusación, se ha dicho que ello es viable siempre que el nuevo título de imputación no le sea más gravoso.

Así, bien es posible atemperar en la sentencia la atribución jurídica de interviniente a cómplice por la elemental razón que tal decisión no afecta sino que beneficia al procesado, en la medida que, el descuento punitivo previsto para el cómplice de una sexta parte a la mitad⁶⁵ es mayor que el autorizado en el inciso tercero del canon 30

⁶² Según el artículo 135 del Código Penal, las sanciones para el Homicidio en Persona Protegida son: prisión de 30 a 40 años, multa de 2.000 a 5.000 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 15 a 20 años. Mientras que, según el artículo 446 *ibídem*, el Favorecimiento de un homicidio acarrea una pena de 4 a 12 años de prisión.

⁶³ La prohibición del Homicidio en Persona Protegida busca proteger el Derecho Internacional Humanitario, mientras que el Favorecimiento la eficaz y recta impartición de justicia.

⁶⁴ Art. 204: “En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación. (...)”.

⁶⁵ La primera fracción se aplica al máximo punitivo y la segunda al mínimo, de acuerdo con la regla 1ª del artículo 60 del Código Penal.

para el interviniente, de tan solo una cuarta parte⁶⁶. (CSJ SP, 22 de Jun. 2006, Rad. 24824, CSJ SP, 15 jun. 2000).

En el caso examinado, se observa que aunque, en efecto, **AHUMADA SABOGAL** y **HURTADO OROZCO** fueron acusados por el delito de peculado por apropiación en grado de intervinientes y condenados en sede de segunda instancia a título de cómplices, dicha modificación no comporta aflicción alguna para los mentados encausados porque la pena imponible conforme a esta última categoría dogmática de participación es más benigna que la que les hubiera podido corresponder de haber sido sentenciados como intervinientes.

Ahora bien, el letrado asevera que dicha modificación afectó el derecho de defensa porque durante la actuación el ejercicio del contradictorio estuvo dirigido a desvirtuar los presupuestos de la coautoría, misma que precisamente el Tribunal desechó al advertir que **AHUMADA SABOGAL** y **HURTADO OROZCO** no tuvieron el dominio del hecho en la comisión del injusto sino que contribuyeron a la realización de la conducta antijurídica de **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**, **AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ** y **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS**.

En los siguientes términos lo expresó el *ad quem*:

La figura del “interviniente” no hace parte de la “participación” si no de la “coautoría” y esta, si bien es evidente frente a los

⁶⁶ Deducible frente a ambos extremos punitivos.

extesoreros y a José Guillermo Jaramillo Cárdenas (...), no lo es frente a Ahumada Sabogal y Hurtado Orozco, dado que no aparece prueba de dos de los requisitos esenciales de la coautoría cual es el “previo acuerdo común” y el “Codomio del hecho”. Estos carecieron siempre del dominio del hecho, pues, el dominio de la colocación dineraria solo pudo estar en cabeza de los tesoreros quien[es] eran los que finalmente disponían o no de dichos recursos. Actuaron como simples colaboradores en el delito de otro, sin que su aporte fuera necesario, pues la empresa VISEMSA bien pudo utilizar a otras personas para contactar a estos mismos inversionistas.

Su actuar no estuvo orientado por un designio criminal común que s[i] confluye en los extesoreros y el representante de COOCAFÉ. Aquellos orientaron su actuación a conseguir la inversión pública, pues solo sirvieron de puente entre el patrimonio autónomo y el ente territorial, a nombre de las intermediarias con las que laboraban.

En realidad estos, como bien lo concibe la Fiscalía y el Ministerio Público desbordaron la función propia del corretaje y colaboraron con el ilícito apoderamiento de los dineros estatales por parte de COOCAFE LTDA y los tesoreros municipales. Por ello su actuar no es el propio de los intervinientes como se enseña en la parte resolutive de la acusación sino a título de cómplices, pues estos como simples intermediarios o comisionistas, no tenían el dominio del hecho para disponer o no, la colocación de los dineros en el patrimonio autónomo como tampoco para proponer o aceptar las ofertas que a la postre pseudo-legalizaron el desvío de los dineros.⁶⁷

Nótese cómo, aunque el recurrente asegura que su cliente no se pudo defender de la complicidad deducida en segunda instancia, lo cierto es que a lo largo de la actuación rebatió la esencia de la imputación fáctica consistente en que su cliente y **HURTADO OROZCO**, en su condición de comisionistas o intermediarios financieros, excedieron los límites del contrato de corretaje para ayudar a los tesoreros del municipio de Villavicencio a esquilmar los caudales públicos.

⁶⁷ Cfr. folios 184-185 del cuaderno original del Tribunal 1.

Finalmente, resulta lesivo del principio de corrección material afirmar, como se hace en la demanda, que no se respetaron los criterios que emanan de los artículos 30 inciso 3° y 61 del Código Penal, en tanto la pena se fijó dentro de los cuartos medios, pues, por el contrario, se advierte que el Tribunal acertó al tasarla en ese ámbito punitivo teniendo en cuenta que tanto a **AHUMADA SABOGAL** como a **HURTADO OROZCO** le fueron deducidas circunstancias de menor y mayor punibilidad (numeral 1° del precepto 55 y numeral 10 del canon 58 *ejusdem*) y, de acuerdo con el inciso 2° del referido canon 61 «*el sentenciador sólo podrá moverse (...) dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva (...)*».

Así las cosas, las censuras no prosperan.

2. A favor de GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO

Según el demandante, el Tribunal incurrió en diversos errores de hecho –falso juicio de existencia por omisión y suposición, falso juicio de identidad por tergiversación y falso raciocinio- que lo habrían conducido a establecer que su asistido y **EDGAR ANTONIO AHUMADA SABOGAL** son responsables, en calidad de cómplices, del delito de peculado por apropiación, al no haberse limitado a cumplir las funciones propias del contrato de corretaje al que estarían sometidos sino a la ilícita colaboración en las acciones criminales de los tesoreros municipales de Villavicencio – **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** y AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ, cuando lo verdadero, opina el letrado, es que, como lo

reconoció el *a quo*, ellos únicamente desarrollaron las labores encomendadas como intermediarios del mercado financiero.

En el propósito de solucionar el dilema propuesto, corresponde dilucidar el alcance de las figuras jurídicas de corretaje y agencia comercial⁶⁸, de cara a las obligaciones impuestas en los contratos de ese tipo, suscritos por **HURTADO OROZCO** y **AHUMADA SABOGAL**⁶⁹ con las firmas VISEMSA y D & PE, así como examinar el resto de medios documentales y testimoniales concernientes al tema de prueba.

Para empezar, es del caso recordar que si bien el Código de Comercio no consagra una definición del contrato de corretaje o mediación, en el artículo 1340 describe qué se entiende por corredor, esto es,

(...) la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

El corredor, experto en temas mercantiles, a cambio de una retribución, remuneración o comisión, se obliga con el encargante o interesado, a gestionar, promover, concertar o

⁶⁸ Esto teniendo en cuenta que, frente a la firma D & PE, **HURTADO OROZCO** verdaderamente estuvo sometido un contrato de agencia comercial.

⁶⁹ Se precisa que, aunque el mandatario judicial de **AHUMADA SABOGAL** no elevó ningún cargo en orden a rebatir el juicio de reproche edificado en su contra por el juez plural, la Corte evaluará el asunto a la par de las censuras formuladas por la defensa de **HURTADO OROZCO**, en tanto fue condenado por primera vez en segunda instancia.

inducir la celebración de un negocio jurídico, poniéndolo en conexión, contacto o relación con otro u otros, sin que ello genere vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con ninguna de las partes. (CSJ SC. 14 sep. 2011, rad. 05001-3103-012-2005-00366-01)

De esta manera, el corredor no contrata por cuenta de las posibles partes, sino que actúa como un simple intermediario y su función se limita al corretaje, es decir, a realizar el acercamiento entre los futuros contratantes.

Ahora, por el desarrollo de tal gestión, se insiste, el referido canon autoriza una remuneración, cuando quiera que el negocio en el que intervino el corredor sea efectivamente celebrado por las partes, lo que impone una obligación de resultado frente al perfeccionamiento del negocio a fin de que pueda obtener la retribución y tan solo de medio respecto al encargo como intermediario.

De este modo, los deberes del corredor, de cara al encargo encomendado, se restringen a los siguientes:

ARTÍCULO 1344. COMUNICACIONES DE CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN INFLUIR EN LA CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO. El corredor deberá comunicar a las partes todas las circunstancias conocidas por él, que en alguna forma puedan influir en la celebración del negocio.

ARTÍCULO 1345. OTRAS OBLIGACIONES DE LOS CORREDORES. Los corredores están obligados, además:

1) A conservar las muestras de las mercancías vendidas sobre muestra, mientras subsista la controversia, de conformidad con el artículo 913, y

2) A llevar en sus libros una relación de todos y cada uno de los negocios en que intervenga con indicación del nombre y domicilio de las partes que los celebren, de la fecha y cuantía de los mismos o del precio de los bienes sobre que versen, de la descripción de éstos y de la remuneración obtenida.

Acorde con lo anterior, al corredor le asisten los deberes de i) información, en torno a las circunstancias relacionadas con la seguridad y valoración del negocio-, ii) limitación, respecto a las instrucciones entregadas por el encargante – *verbi gratia* no se puede pactar un precio diverso al señalado por el titular del encargo-, iii) indelegabilidad, salvo autorización expresa de su cliente, iv) llevar libros especiales para anotar todas las operaciones y encargos, v) confidencialidad, frente a las operaciones y nombres de los encargantes, salvo disposición en contrario y, vi) imparcialidad, respecto de los intereses del encargante o de ambos actores -si es el caso-.⁷⁰

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, apoyada en doctrina nacional y extranjera, ha delimitado la función del corredor, de la siguiente manera (CSJ SC17005-2014, rad. 11001-31-03-034-2004-00193-01):

Según el artículo 1340 del Código de Comercio, el rol de tales profesionales [se refiere a los corredores] se reduce a “(...) poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial (...)”. Su actividad, por lo tanto, es simplemente promocional, de facilitación o de acercamiento, y no de contratación, pues al no ser dependientes, mandatarios o representantes de los potenciales negociadores, serán éstos los llamados a concertar las voluntades, bien en forma directa, ora por

⁷⁰ ARRUBLA PAUCAR, Contratos Mercantiles Tomo I. Ed. 2002 en Espinosa Benedetti, 2012, Pág. 10.

conducto de sus respectivos apoderados, en todo caso distintos a la persona del mediador.

Así lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, al decir, en vigencia del Código de Comercio anterior, el “(...) corredor como simple intermediario no es un mandatario. No tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio (...)”⁷¹.

Tal como lo expresó Ripert, “(...) El corredor es un comerciante cuya profesión consiste en acercar a las personas que deseen contratar. Da a conocer a cada parte las condiciones de la otra; se empeña en llegar a una conciliación de intereses; aconseja la celebración del contrato, y a veces, colabora en la redacción del documento que lo prueba. Salvo excepción, el corretaje no es obligatorio. Un viejo adagio francés dice: Ne prend courtier qui ne veut, pero a veces como el pago del corretaje es obligatorio las partes no tienen ningún interés para prescindir de los servicios del corredor”⁷².

Según Ruíz de Velásco, “(...) El contrato de mediación, también llamado de corretaje, es aquél por el que una parte (mediador), se obliga frente a otra, a cambio de una remuneración, a promover la celebración de un determinado contrato, mediante la búsqueda de una persona con quien pueda contratar el que utiliza los servicios del mediador. La naturaleza mercantil se deriva del carácter de los contratos que promueve el mediador, y del carácter profesional de éste. No obstante, el mediador puede actuar con consumidores o usuarios, a través de sistemas electrónicos o de otra manera, y formalizando contratos de adhesión. El mediador solo se compromete a realizar todo lo posible para promover la conclusión del contrato, pero no se obliga a obtener un resultado. De aquí se deduce que el contrato de mediación es un contrato aleatorio, ya que si no obtiene el resultado deseado, el mediador no tendrá derecho a la remuneración acordada. Es un contrato bilateral, puesto que quien encarga la mediación confía en la habilidad del mediador se concede en el régimen de exclusividad, aunque no suele ser habitual, y el mediador se obliga a cumplir el encargo”⁷³.

Gázquez Serrano, siguiendo el ordenamiento Alemán, expresa que el “(...) contrato de mediación es aquel contrato por el que una persona promete a otra una retribución o precio por indicarle la ocasión de celebrar un contrato o por mediar en el mismo, encontrándose el contrato de mediación definido desde el punto de

⁷¹ CSJ. Civil. Sentencia de 6 de octubre de 1954 (LXXVIII-861) reiterada en fallo de 13 de abril de 1955 (LXXX-13).

⁷² RIPERT, Georges. *Tratado elemental de Derecho Comercial*. Argentina: Ediciones jurídicas Labor, 1988, tomo IV, p 121-130.

⁷³ RUÍZ DE VELAZCO, Adolfo. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2005, p 849.

*vista subjetivo, a través de la persona del oferente*⁷⁴. Ennecerus ha definido el contrato de mediación como “(...) aquel contrato, unilateral o bilateral, por el cual uno se obliga a pagar a otro (el corredor) una remuneración (la comisión) por la información de la ocasión para concluir un contrato o por la mediación en un contrato”⁷⁵.

*Castan y Piug Brutau, definen el corretaje como “(...) un contrato unilateral o bilateral, por el cual uno se obliga a pagar a otra una remuneración por la información de la ocasión para concluir un contrato, o por la mediación en el mismo”*⁷⁶.

*Brosseta Pons, sostiene que el “(...) contrato de mediación o corretaje ha sido definido también desde la perspectiva del oferente, como aquel contrato por el que una persona se obliga a abonar a otra una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o por servirle de intermediario en dicha conclusión. También desde la óptica del corredor como un contrato por cuya virtud una parte se obliga frente a otra u otras, sin relación de dependencia ni representación, a desplegar una actividad dirigida a procurar la conclusión de un contrato, o como contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero que habrá de buscar al efecto”*⁷⁷.

*Finalmente, para Ferri “(...) la mediación no se puede concebir como un contrato, y además hasta que no se concluya el negocio no se justificar[á] el hablar de una relación jurídica de mediación”*⁷⁸.

*Por esto, en vigencia del actual Código de Comercio, esa actividad profesional y funcional, en palabras de esta misma Corporación, “(...) no es otra que la de poner en contacto, ‘poner en relación’, o acercar ‘a dos o más personas’, ‘con el fin de que celebren un negocio comercial’ (...)”*⁷⁹. El corredor, como allí igualmente se señaló:

“(...) dicen las actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Comercio (1958), ‘toma la iniciativa del negocio y busca a los interesados a quienes proponérselo o insinuárselo, e, igualmente, relaciona a estos con todas las personas que pueden

⁷⁴GÁZQUEZ SERRANO, Laura. *El contrato de mediación o corretaje*. Ed. 1. Móstoles: Ediciones la Ley, 2007, p 51-53.

⁷⁵ENNECERUS, L. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Editorial Bosch, 1935, vol.2, p 303.

⁷⁶CASTAN. *Derecho Civil Español, común y floral*. Madrid, 1944, tomo 3, p 240.

BRUTAU, Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*. Madrid, Ed. 2, tomo 2, vol. 2, p 480.

⁷⁷BROSETA, Pons. *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. 6, Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

⁷⁸ FERRI. *Manuale di diritto commerciale*. Turín, 1950, p 576.

⁷⁹ CSJ. Civil. Sentencia 122 de 8 de agosto de 2000, expediente 5383.

servir a los fines del negocio en proyecto'. La labor del corredor se encamina a facilitar a las personas el acercamiento entre sí, la búsqueda, hallazgo y conclusión de los negocios, agregan las mismas actas”

Significa lo expuesto, establecido el acercamiento entre los posibles contratantes, la actuación posterior del corredor no es esencial, sin perjuicio, claro está, de llevar a la práctica diligencias encauzadas para que los contactados materialicen el negocio. Al fin de cuentas, en los términos del artículo 1341, inciso 2° del Código de Comercio, el derecho a la remuneración del intermediario nace o se supedita a la conclusión del respectivo contrato.

De ahí, las gestiones aledañas o adicionales, al decir de la Corte, “(...) no miden el cumplimiento de [la] labor [del corredor], en tanto (...) ésta se agota con el simple hecho de juntar la oferta y la demanda”⁸⁰. Como en este mismo antecedente se indicó, “[e]n suma, si se acredita que el corredor propició el acercamiento de las partes, si éstas finalmente llegan a un acuerdo y si existe un nexo de causalidad entre tales circunstancias, se configura el derecho a percibir la remuneración estipulada (...)”

En ese orden, en el corretaje, la labor del intermediario se agota con el simple hecho material de acercar a los interesados en la negociación, sin ningún requisito adicional. Y el corredor adquiere el derecho a la remuneración cuando los terceros concluyen el contrato y entre éste y el acercamiento propiciado por el corredor, existe una relación necesaria de causa a efecto.

Es decir, la relación jurídica es bifronte, cuyo éxito de la primera depende de la segunda; la primera, nacida entre el corredor o mediador y su cliente o solicitante (demandante u oferente); y la segunda, entre el contratante del intermediario y el tercero cuando celebran o consuman el contrato principal; de modo que la conclusión de éste contrato es condición para la remuneración del corredor. (Subrayas fuera del texto original).

Por su parte, el contrato de agencia comercial envuelve unas características diversas a las del corretaje, pues, como se reseñó, en éste la actividad del corredor es libre e imparcial, porque se limita a acercar a las partes interesadas en un negocio jurídico, mientras en el primero, el agente actúa en interés del empresario agenciado -por el término y

⁸⁰ CSJ. Civil. Sentencia de 9 de febrero de 2011, expediente 00900.

espacio pactados-, a fin de formalizar un contrato o promover la consecución de clientes para su representado.

A continuación se reseñan los rasgos característicos del contrato de agencia comercial, de acuerdo con la jurisprudencia especializada de la Sala de Casación Civil (CSJ SC, 1 dic. 2011. rad. 11001 3103 016 1999 01889 01):

En ese último esquema negocial [el de colaboración] está enmarcado, entre otros, el contrato de agencia comercial, en virtud del cual un comerciante asume, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios de otro comerciante (empresario nacional o extranjero), en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de éste, o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo (artículo 1317 del Código de Comercio).

De esa definición y, en general de las normas que regulan esa especie de pacto, se colige que sus notas distintivas son las siguientes:

*1.1 De un lado, la labor de promoción y mediación que corresponde al agente, toda vez que éste cumple una función intermediadora entre terceros y el agenciado en la celebración de contratos, rol que satisface en la medida que consiga ofertas de negocios y las comunique al empresario para que éste decida si los celebra o no, o, de ser el caso, cuando la agencia se ejerce conexa con la representación, el agente conseguirá y perfeccionará directamente tales negocios. Claro está, que esa gestión debe estar enderezada a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para el agenciado, quien está obligado a remunerar esa actividad, aún en el caso de que “el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio” (artículo 1322 *Ibidem*).*

Esa tarea de promoción comprende ordinariamente varias etapas que “van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de

la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce -en sentido lato- como 'mercadeo'; de ahí que "lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida -en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe -luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada -a través de él- por el agenciado, de tal forma que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso." (Cas. Civil 20 de octubre de 2000, Exp.No.5497).

(...)

De suerte, pues, que el agente debe asumir una postura activa y encaminada a estimular la obtención e incremento de la clientela y que responda a la necesidad del empresario de cubrir un mercado con permanencia, en forma estable, lo que sólo se logra mediante una consistente labor de promoción e intermediación, cuya ejecución demanda de una organización propia, esto es, distinta de la empresa que auxilia con su actividad.

(...)

1.2 De otro lado, debe tratarse de una actividad desarrollada por cuenta de otro, en la medida que el agente no gestiona los negocios para sí mismo, sino para el empresario que le confirió el encargo de promocionarlos o explotarlos. De ahí, que la clientela obtenida acreciente a este último y los efectos económicos de la aludida actividad repercutan directamente en su patrimonio, por lo que hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que arrojen tales operaciones, mientras que el agente solo asume los peligros de su propia gestión, pues, por lo general, su remuneración dependerá de los negocios celebrados, y por ello, si no se perfecciona ninguno, sufrirá los gastos de promoción sin obtener utilidad.

En el punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que "aunque en la definición no esté expresado de manera contundente que el encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es el de promover o explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario, los que éste ha de celebrar directamente si al agente no se le dio la facultad de representarlo, es lo cierto que estas características surgen de lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 del Código de Comercio, donde se estatuye, sin perjuicio de la independencia de que goza, que el agente debe ceñirse, al ejecutar el encargo, a las instrucciones que le haya dado el empresario a quien debe rendir 'las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio'; que el agente tiene derecho a la remuneración

pactada ‘aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario o cuando éste lo efectúe directamente ... o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no cumplir el negocio’, todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo, y que los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad” (Cas. Civil 2 de diciembre de 1980).

(...)

1.3 El agente debe obrar con independencia y autonomía, como comerciante que es y, por ende, asume el encargo sin estar subordinado al agenciado; por supuesto que dirige su actividad comercial, sin que para el efecto esté ligado con el empresario mediante relación laboral o jurídica que, en general, menoscabe su autonomía en la dirección y manejo de la misma. Esa independencia lo faculta para diseñar los métodos de trabajo, designar sus propios empleados, decidir si ejecuta el encargo directamente o por medio del personal a su servicio; en fin, para adoptar las decisiones que competan con el cumplimiento del encargo confiado. No obstante, el agenciado puede impartir ciertas instrucciones al agente (artículo 1321 del C. de Comercio), relativas a las condiciones del encargo, sin que por ello se desfigure la autonomía que caracteriza el contrato. Además, el precitado precepto impone al agente el deber de informar al empresario sobre las condiciones de mercado en la zona asignada y las demás que resulten útiles para valorar la conveniencia de cada negocio.

(...)

1.4 Del mismo modo, debe tratarse de un encargo estable, consistente en conquistar o ampliar un mercado en beneficio del empresario, cometido que sólo se logra en la medida que esa actividad sea desarrollada en forma permanente, continuada y sucesiva.

Dicha estabilidad comporta, por un lado, que el encargo del agente no esté limitado a la celebración de determinado contrato del empresario sino que esté afectado a la promoción del negocio del empresario en general; y, por la otra, que el agente despliegue la labor encargada con cierta continuidad, ya que sólo así satisfará el objeto de la susodicha convención, esto es, la conquista de un mercado -formación y mantenimiento de una clientela-.

En ese orden de ideas, es evidente que la labor del agente comercial es particularmente amplia, puesto que está enderezada a la promoción de los negocios del empresario, de modo que demanda múltiples conductas como anunciar sus productos o servicios, visitar clientes potenciales y reales, prestar asesorías, acreditar marcas, hacer demostraciones, en fin lo que apunta a conquistar y mantener una clientela; de ahí que no se concibe que una labor de esa naturaleza pueda desarrollarse

esporádicamente, sin la constancia propia que implica asumir un conjunto de obligaciones de ese talante. Por esa razón resultan de singular importancia en el contrato de agencia comercial “las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de brindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado” (Cas. Civil 28 de febrero de 2005, Exp.No.7504).

(...)

1.5 La promoción o explotación de negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio nacional. La definición legal del contrato en cuestión, señala que el agente ejerce el encargo -promoción y explotación- en “un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional”, elemento que resulta fundamental para efecto de aplicar la exclusividad que en favor de aquel prevé el artículo 1318 del C. de Co., según el cual “salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos”; igualmente, la fijación de ese territorio permite imponer al agenciado el reconocimiento de una remuneración a favor del otro contratante cuando aquel efectúa directamente negocios en el marco territorial fijado a éste para desplegar la actividad encomendada (artículo 1322 Ibidem). (Subrayas no originales)

De este modo, se tiene que pese a las diferencias entre el corretaje y la agencia comercial estas figuras se asemejan en que tanto el corredor como el agente son comerciantes con carácter independiente, actúan por cuenta de otro y su objetivo genérico es la gestión de intereses ajenos.

Por manera que, para los efectos del presente proceso, se impone establecer si, como lo dedujo el *a quo* la labor de los procesados **HURTADO OROZCO** y **AHUMADA SABOGAL** se limitó a ese ejercicio legal de intermediación financiera o, si como lo consideró el Tribunal su actividad trascendió al plano antijurídico penal, producto de prestar una colaboración eficiente para la consumación del delito de peculado por apropiación.

Para el efecto, se debe partir por destacar que la condena en contra de los acusados resultó de la articulación de diversos hechos indicadores, que analizados por su convergencia y gravedad le brindaron a la colegiatura la certeza de la responsabilidad de los inculpados en el reato endilgado.

Es así como el *ad quem* estableció que el juicio de reproche se deduce de la suma de las siguientes circunstancias:

i) No se trató de simples ofrecimientos sino de «*diversas labores para conseguir que finalmente los funcionarios públicos efectuaran las colocaciones y concluyeran las operaciones con total éxito*»⁸¹. Al efecto, a partir de los testimonios de los tesoreros, se describió que los procesados se ocuparon de explicar las ventajas del negocio, llevar las propuestas, recoger las copias de las consignaciones efectuadas por el ente territorial, remitir las certificaciones de las inversiones, llevar las pruebas de las consignaciones de los rendimientos, entre otras actividades.

ii) Pago fraccionado de las comisiones a través de terceros, lo cual, en sentir del juez plural devela el conocimiento de los enjuiciados sobre la ilicitud de su comportamiento porque «*quien recibe el producto de su trabajo que considera abiertamente legal no acude a*

⁸¹ Cfr. folio 186 del cuaderno original del Tribunal 1.

estrategias de ninguna índole y menos contrarias a derecho para disfrazar los pagos que se le efectúan»⁸².

iii) Hallazgo de papelería en blanco de la Alcaldía de Villavicencio y comprobantes de egreso del pago de comisiones -en los que aparecen las siglas de los nombres de los tesoreros-, en las oficinas de **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO**.

iv) Cuantioso valor de las comisiones percibidas por los enjuiciados por concepto de la intermediación.

v) Contacto con los empleados de la Alcaldía Municipal con capacidad de invertir los recursos públicos teniendo en cuenta el conocimiento de la región y sus vínculos familiares y de amistad.

vi) Participación en la estructuración del negocio fiduciario.

vii) Labor de puente entre el patrimonio autónomo y el ente territorial, a nombre de las intermediarias con las que laboraran.

viii) Conocimiento y experiencia profesional de los acusados que permite *«inferir que sabían del especial manejo de los recursos del Estado»⁸³.*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Cfr. folio 189 ibidem.*

Al respecto, se impone señalar que, razón le asiste al defensor de **HURTADO OROZCO** al indicar que algunas de las diligencias desarrolladas por los procesados y enlistadas por el juez colegiado como indicativas de un comportamiento consciente y voluntario enderezado a lograr el perfeccionamiento de la conducta ilícita juzgada, se inscriben dentro de las gestiones propias de los contratos de corretaje y agencia comercial y, por ende, como lo argumentó el *a quo*, en principio, devendrían lícitas.

Sin embargo, otras tantas exceden cualquier gestión cualificada y diligente de la labor encomendada de mera intermediación para la suscripción del contrato de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, de cara al negocio fiduciario previamente celebrado entre Coocafé y Corficolombiana, o las funciones de promoción y consecución de inversionistas, propias de la agencia comercial, con mayor razón si implicaban la representación de un interés de parte en beneficio de la firma intermediadora.

Justamente, por la calificada experticia comercial que se predica de un corredor o agente comercial, los acusados estaban obligados a conocer de la prohibición legal de invertir dineros públicos en negocios financieros que no cumplieran con las previsiones del artículo 17 de la Ley 819 de 2003⁸⁴

⁸⁴ ARTÍCULO 17. COLOCACIÓN DE EXCEDENTES DE LIQUIDEZ. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

PARÁGRAFO. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la

“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”), luego la invitación a los tesoreros por parte de los sentenciados para la colocación de recursos estatales en el financiamiento de actividades comerciales privadas, que no respondieran a los criterios de planificación, programación integral, optimización, eficiencia, eficacia y valoración de las variables de contingencia, de entrada, devenía ilegal, en la medida que constituía un riesgo innecesario de las finanzas públicas, por naturaleza escasas, que los acusados estaban obligados a conocer.

En efecto, aun cuando el letrado se empeña en resaltar que su asistido no tenía los conocimientos ni la experiencia indispensables para intermediar los contratos de cesión a celebrarse entre COOCAFÉ y el municipio de Villavicencio, debido a que siempre se dedicó a las inversiones privadas y sólo recibió una capacitación sobre el producto a ofrecer por parte de la empresa para la que trabajaba, es lo cierto que según lo expresó en la indagatoria cuenta con post grados en gerencia de marketing y finanzas y su experiencia laboral la venía desarrollando por muchos años en la intermediación financiera y la comercialización de productos financieros⁸⁵, a tal punto que trabajó en el Banco de Occidente, en una firma comisionista de bolsa –HERNANDO y ARTURO ESCOBAR-, de manera independiente y en su propia empresa –Business Financial Services Ltda.-

calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley.

⁸⁵ Cfr. folio 91 del cuaderno original 5.

Además, verificados los contratos de corretaje y agencia comercial que amparaban la actividad intermediadora de los encausados, se advierte que su gestión solo debía llegar al nivel de promover el negocio de la firma intermediaria de conseguir inversionistas y poner en contacto a los futuros contratantes -COOCAFÉ y municipio de Villavicencio- a efecto de que estos definieran si celebraban o no el negocio ofrecido.

Así lo expresa, por una parte, el contrato de agencia comercial suscrito entre el representante legal de la firma D&PE y **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO**:

PRIMERA: OBJETO: EL EMPRESARIO encarga a EL AGENTE, para que éste realice actividades de promoción de los negocios propios del objeto social de EL EMPRESARIO, en el territorio nacional, las cuales deberán estar orientadas a la consecución de inversionistas (en adelante CLIENTES) para las operaciones en donde EL EMPRESARIO actué como organismo estructurador y/o garante. Este encargo lo realiza EL AGENTE para el exclusivo beneficio de EL EMPRESARIO. SEGUNDA: OBLIGACIONES DE EL AGENTE: En virtud del encargo objeto de este contrato, EL AGENTE se obliga a: a) Adelantar las gestiones necesarias para contactar las personas naturales o jurídicas que actuarán como inversionistas, en las operaciones en las cuales EL EMPRESARIO actuará como organismo estructurador y/o garante. b) Presentar a EL EMPRESARIO, a través de la dependencia que éste indique, la información de su gestión que sea necesaria y útil para que éste valore la conveniencia de cada negocio. c) Sufragar a su cargo, los gastos que genere la agencia comercial objeto de este contrato. d) Presentarse ante terceros, como agente comercial de EL EMPRESARIO, sin facultades para actuar en nombre y representación de éste y así deberá expresarlo en cualquier comunicación que suscriba en su condición de agente comercial de EL EMPRESARIO. Para este efecto y cuando la presentación escrita sea necesaria, el AGENTE deberá utilizar formatos que forman parte integrante de este contrato. (...) PARAGRAFO PRIMERO: El AGENTE realizará las gestiones de que trata el literal a) de esta cláusula, directamente o a través de terceros. El AGENTE no tendrá facultades para actuar en nombre y

representación de EL EMPRESARIO. Su actuar en desarrollo del encargo objeto de este contrato, se limita a promover los negocios de EL EMPRESARIO, mediante la consecución de inversionistas e informar de ello a EL EMPRESARIO. Los terceros actuarán como representantes de EL AGENTE en nombre de éste y así se presentarán ante los inversionistas, utilizando, cuando la presentación escrita sea necesaria, los formatos que forman parte integrante de este contrato.⁸⁶

Similares obligaciones predica el contrato de corretaje entre **HERNÁN AHUMADA SABOGAL** y **Visemsa S.A.:**

PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente contrato es prestar por parte de el ASESOR COMERCIAL a VISEMSA S.A., servicios profesionales orientados a la consecución de inversionistas para vincula[rlos] a las operaciones que se deriven de patrimonios autónomos debidamente constituidos. CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DEL ASESOR COMERCIAL: En el desarrollo del presente contrato, el ASESOR COMERCIAL se obliga a desarrollar eficientemente todas las actividades relativas al objeto del contrato y, en particular las siguientes: a) Adelantar las gestiones necesarias para contactar las personas naturales o jurídicas que actuarán como inversionistas en operaciones derivadas de patrimonios autónomos debidamente constituidos. b) Presentar a VISEMSA S.A. las informaciones de su gestión que sean requeridas. c) Sufragar a su cargo, los gastos que genere la prestación de los servicios objeto del presente contrato, sin perjuicio de la contraprestación establecida en la cláusula quinta de este contrato. PARAGRAFO: El ASESOR COMERCIAL realizará las gestiones de que trata el literal a) de esta cláusula, directamente o a través de terceros. El ASESOR COMERCIAL no tendrá facultades para actuar en nombre y representación de VISEMSA S.A. Sus servicios en desarrollo del presente contrato se limitan a adelantar las gestiones que sean necesarias para contactar inversionistas. Los terceros que contrate el ASESOR COMERCIAL para el desarrollo del presente contrato, actuarán a nombre de éste y no de VISEMSA S.A. y así se presentarán ante los inversionistas.⁸⁷

Así las cosas, es evidente que aunque los referidos contratos habilitaban a los acusados para desplegar sus esfuerzos en aras de lograr que un potencial contratante se

⁸⁶ Cfr. folios 126-127 del cuaderno 32 anexo.

⁸⁷ Cfr. folio 150 del cuaderno anexo 13.

interesara en el negocio propuesto de cesión de derechos de beneficio en el patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria, para lo cual bien podían informar a las partes las circunstancias que tuvieran incidencia en el perfeccionamiento del contrato, no les asistía ningún deber de adentrarse en las minucias derivadas de la ejecución del contrato, como cuando le llevaban a los tesoreros las ofertas de cesión de derechos suscritas por el representante legal de COOCAFÉ y los soportes de las transferencias de dineros a la cuenta del patrimonio autónomo o de los rendimientos causados una vez cumplidos los plazos pactados y a su turno, regresaban a Coocafé las referidas ofertas signadas por dichos funcionarios públicos o cuando pactaban con estos los plazos de las inversiones y montos de las utilidades, porque tales aspectos debían ser del exclusivo resorte de los contratantes.

Repárese al respecto, cómo son los mismos tesoreros **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** y AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ quienes informan que la gestión de los procesados no se circunscribió a poner en contacto a las partes –municipio y COOCAFÉ- sino que avanzó al cumplimiento de otras actividades.

Así, el primero indicó que la propuesta en punto de las utilidades las hacían los intermediarios financieros, de acuerdo con el mercado en general e igualmente describió las actividades desplegadas por estos:

Ellos nos llevaban las propuestas, se encargaban de recoger copia de las consignaciones y nos traían posteriormente la certificación

donde se demostraba que la inversión había quedado oficialmente realizada, igualmente nos traían copias de las consignaciones cuando se efectuaban los pagos de los rendimientos como del capital, cuando se redimían (...) Ellos nos llevaba[n] portafolio de FIDUVALLE, de FIDUAGRARIA, pero como lo mencioné anteriormente creo que tiene que ser un requisito que esas operaciones se hagan a través de intermediarios financieros.⁸⁸

Y agregó frente al procedimiento utilizado para que la oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición fuera firmado por las partes:

A nosotros no los (sic) llevaban a la oficina o me los enviaban vía fax y yo lo firmaba o lo devolvía vía fax o a veces lo recogía el intermediario.⁸⁹

Y el segundo de los tesoreros mencionados –AGUSTÍN HORTÚA RODRÍGUEZ- reiteró que la fiduciaria o el intermediario financiero (el corredor o agente) le enviaban vía fax las ofertas, las cuales eran devueltas de la misma manera, haciendo conocer a la fiduciaria su deseo o no de aceptarla. Así también, reseñó que el rendimiento financiero se pactaba «con el intermediario financiero previo conocimiento de este con la fiduciaria»⁹⁰ y que el papel de los intermediarios era el siguiente:

Estaban atentos o no a la pr[ó]rroga de las operaciones, del cumplimiento de los pagos al municipio, de la tasa de interés si había sufrido variación o no de ese período al otro de acuerdo a lo convenido con la fiduciaria y en momentos cuando se requería envío de documentos por parte de las oficinas en Bogotá de sus empresas para hacerlas llegar al municipio.⁹¹

⁸⁸ Cfr. folios 123-124 del cuaderno original 4.

⁸⁹ Cfr. folio 124 *ibidem*.

⁹⁰ Cfr. folio 66 del cuaderno original 5.

⁹¹ Cfr. folio 67 *ibidem*.

La injerencia manifiesta de los procesados en la consolidación de las inversiones superó el más elemental interés orientado a percibir la comisión derivada de la concreción del negocio, pues, como quedó visto, desarrollaron gestiones que iban más allá del deber de promover la consecución de intermediarios y poner en contacto a las partes a efecto de que negociaran los términos del objeto contractual, lo cual resulta indicativo, como lo concibió el Tribunal, de la intención de colaborar en la perpetración del delito de peculado a título de cómplices.

A la inferencia razonable de responsabilidad también contribuye el hecho debidamente probado de que a efecto de percibir las onerosísimas comisiones resultantes de las “labores de intermediación”, los acusados acudieron a la inescrupulosa estrategia de fraccionar contablemente el pago de tales remuneraciones, para lo cual se valieron de terceros (familiares, amigos, conocidos y hasta desconocidos).

Es así como se acreditó que, con el propósito de cobrar tales emolumentos, **GABRIEL FERNANDO HURTADO OROZCO** solicitó por sí mismo o a través de su esposa, su primo y empleado GERMÁN MAURICIO HURTADO ANZOLA, y otros familiares, que varias personas le “prestaran” el Registro Único Tributario –RUT- a efecto de realizar unos contratos de prestación de servicios de asesoría comercial, unas cuentas de cobro y unos comprobantes de egreso espurios, para lo cual en algunos casos, a los más allegados, les pidió que

suscribieran tales documentos, y en otros les falsificó las firmas, a cambio de una gratificación –entre \$100.000 y \$500.000- (en contadas ocasiones –a sus familiares- no les pagó nada), lo cual deja ver que el acusado estaba interesado en ocultar la fuente de lo obtenido por concepto de su labor de intermediación.

De esta manera, **HURTADO OROZCO** dejó de aparecer, por lo menos formalmente, como el verdadero propietario de las comisiones, para trasladar esa calidad a los incautos terceros, quienes, como bien lo dejaron claro en sus declaraciones, jamás percibieron los millones de pesos que aparecieron cobrando contablemente –entre \$10.000.000 y 96.725.783⁹²- sino escasamente los \$100.000 –en la mayoría de los casos- o un poco más. Tampoco supieron, en su gran mayoría, el objeto de tal maniobra distractora, ni mucho menos de la falsificación de su firma en los documentos recién referidos.

Algo similar se observa respecto de **AHUMADA SABOGAL**, si se advierte que del dinero de las comisiones resultaron siendo beneficiarios otros sujetos. Así lo reconoció en su indagatoria al precisar que para el pago de las comisiones le hacían avances, unas veces en efectivo a él o terceros que él autorizaba, para lo cual se hacía un recibo provisional y, en otras ocasiones a través de transferencias en sus cuentas o las de terceros.

⁹² Ver comprobantes de egreso en el cuaderno original 3.

Es así como reconoció, por ejemplo, que su hermano – HERNÁN AHUMADA-, quien recibió una suma de \$220.000.000, nunca ejerció la labor de agente comercial sino que fue una forma de ayudarlo. Explicó al respecto: «yo le di un dinero por esto y también para demostrar ingresos ante el sector financiero»⁹³.

Ahora, la defensa de **HURTADO OROZCO** aduce que, de dicha forma de proceder por parte de su representado, no se desprende necesariamente su compromiso penal en el delito de peculado por apropiación, debido a que, en su momento, las personas involucradas en la descrita simulación fueron informadas de que el “préstamo” del RUT tan solo tenía por objeto evadir al fisco a la hora de declarar renta, premisa que habría olvidado el Tribunal al ignorar los testimonios de CAMILO OROZCO ÁVILA y MARÍA XIMENA OROZCO MORA (tío y prima del procesado, en su orden).

Aunque es cierto que el *ad quem* no evaluó dichas declaraciones, en las que dichos testigos precisaron que su pariente les pidió el favor de firmar ciertos documentos –que no tuvieron la oportunidad de leer- para efectos de la declaración de renta, tal omisión deviene intrascendente si se considera que la mayoría de los demás deponentes narraron pormenorizadamente que nunca se los enteró de la finalidad que tenía el “préstamo” del RUT, que por ese acto les pagaron una pequeña cantidad de dinero y que no reconocían las firmas estampadas a nombre suyo tanto en

⁹³ Cfr. folio 163 del cuaderno 6.

los contratos de prestación de servicios de asesoría comercial, cuyo objeto, por supuesto, jamás desarrollaron, como en las cuentas de cobro y los certificados de egreso por cuantías millonarias, artificios que dejan ver cómo si bien el procesado se valió de los lazos familiares para solicitarle a sus parientes que lo ayudaran en el propósito de defraudar a la DIAN, no develó tal cometido al resto de las personas involucradas en el cobro de las comisiones, precisamente, porque quería disimular la obtención de las ostentosas sumas de dinero percibidas en el negocio de intermediación financiera.

De otro lado, la Sala se percata de que el *ad quem* confirmó la absolución proferida en primera instancia a favor del extesorero **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** por el delito de cohecho propio, en tanto consideró que no podía dársele valor probatorio i) a la entrevista rendida por GERMÁN MAURICIO HURTADO ANZOLA –primo y empleado de **HURTADO OROZCO**- en el sentido de haber entregado a dicho funcionario unas comisiones por razón de las negociaciones logradas, ii) al indicio de entrega de dinero en calidad de préstamo y iii) a las siglas de dicho funcionario inscritas en algunos comprobantes de egreso que registraban el pago de comisiones, por cuanto, según el fallador, no se probó que fueran actos cumplidos con ocasión del patrimonio autónomo de COOCAFÉ-VISEMSA.

Lo anterior implica, como es obvio, que esa declaración judicial –de absolución respecto del delito de cohecho propio-

es la verdad procesal admitida **frente al mentado injusto**, por cuanto no fue discutido por la Fiscalía, el Ministerio Público o el representante de la parte civil y se impone salvaguardar el principio de no reforma en peor.

No obstante, en punto del ingrediente subjetivo –dolo– del delito de peculado por apropiación es necesario precisar que, a la oscura práctica descrita atrás –fraccionamiento del pago de las comisiones entre terceros–, es posible reexaminar el plexo probatorio para advertir que, no es creíble que **HURTADO OROZCO** desconociera el objeto ilícito de la transacción comercial que le ofreció a **GONZÁLEZ RONCANCIO** y HORTÚA RODRÍGUEZ.

En efecto, aunque HURTADO ANZOLA, al rendir testimonio, se retractó de la nítida incriminación que hizo contra su primo y jefe, en la entrevista rendida ante funcionarios de policía judicial –la cual ciertamente no tiene carácter de prueba a voces del artículo 314 de la Ley 600 de 2000⁹⁴–, es claro que, en su declaración jurada, admitió que sí le llevaba dineros a **GONZÁLEZ RONCANCIO** –y a otros funcionarios de diversas entidades territoriales– sólo que esta vez se desdijo para señalar que era para un préstamo personal que sería empleado en un viaje de un hijo, empréstito que, sin embargo, curiosamente fue negado por el mismo **HURTADO OROZCO**, discordancia que conduce a inferir que, no se explicó razonadamente –ni por el mandante ni el

⁹⁴ De acuerdo con dicho precepto las exposiciones o entrevistas tomadas por dichos investigadores «no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación».

mandatario de esa encomienda- cuál era el objetivo que subyacía la entrega de dineros a los tesoreros.

Y aunque en primera instancia, el juzgador creyó en la excusa del procesado según la cual tales dineros tenían por propósito fines estrictamente benéficos del ente municipal, las siglas visibles en los comprobantes de egreso en los que se detallaba que correspondían al pago de comisiones, encontrados en la inspección judicial practicada a sus oficinas junto con papelería en blanco del municipio de Villavicencio –que no tendría por qué tener en sus manos-, se muestran indicativos de la estrecha relación de **HURTADO OROZCO** con los tesoreros del ente local y con el designio criminal enderezado a defraudar las arcas del Estado, que habría estado mediado por el pago de cuantiosas “comisiones”.

Para la Sala no pasa desapercibido que, en su afán por derruir la teoría de la Fiscalía, el acusado intentó hacer ver que esas anotaciones –de las siglas- en los comprobantes de egreso en favor de diversos destinatarios tenían por propósito recordar, para efectos contables, el concepto por el que había percibido las comisiones a él canceladas; sin embargo, la casilla del detalle de tales documentos, justamente, cumple la función de revelar el verdadero motivo del desembolso.

Igualmente significativo, en orden a establecer la responsabilidad penal de **HURTADO OROZCO** y **AHUMADA SABOGAL**, resultan las altas tarifas de las comisiones percibidas por cuenta de su labor de intermediación, toda vez

que, según lo explicó ERNESTO ÁVILA BELLO, representante legal de la firma de intermediación VISEMSA S.A. –quien aceptó cargos dentro de este proceso- y lo ratificaron los acusados, alcanzaron porcentajes importantes, los cuales resultaban de la diferencia entre un tope máximo del 22% - que se pagaba con el dinero público invertido- y el monto de los rendimientos ofrecidos al municipio, de tal suerte que si se pactaba una tasa del 10% de utilidades, el excedente venía a ser el valor de la comisión obtenida por el corredor, cuestión que les permitió a los procesados hacerse con contraprestaciones que durante los años 2005 y 2006 alcanzaron los \$278.069.611 y \$2.792.191.187, respectivamente.

Finalmente, aunque para desvirtuar el juicio de reproche edificado contra **HURTADO OROZCO**, su defensor asegura que, contrario a lo argüido por el Tribunal, su cliente no participó en la estructuración de las cesiones de derechos de beneficio con pacto de readquisición porque cuando suscribió el contrato de prestación de servicios -8 de agosto de 2005- ya venía ejecutándose tal tipo de esquema negocial, tal aserción deja de lado, como lo hace ver el Ministerio Público, que a **HURTADO OROZCO** como a **AHUMADA SABOGAL** se les atribuye una colaboración eficiente en el delito de peculado por apropiación y no la autoría del mismo, además que, de acuerdo con el contrato de agencia comercial, atrás transcrito, la empresa D&PE cumplía la función de estructurador de esos negocios, luego, si **HURTADO OROZCO** desarrollaba su actividad comercial de intermediación en

función de los intereses de aquella firma, a efecto de conseguir inversionistas que participaran en los patrimonios autónomos, particularmente, el de COOCAFÉ, es claro que sí cumplió aquél propósito, máxime cuando los tesoreros del municipio son uniformes en señalar que, los intermediarios financieros permanecían atentos a los vencimientos de las colocaciones para obtener las prórrogas o novaciones respectivas.

Del mismo modo, es cierto que la cláusula octava, numeral 11, del contrato de fiducia comercial suscrito entre COOCAFÉ y la Financiera del Valle –más adelante Corficolombiana- establecía en cabeza de esta entidad la obligación de *«verificar el origen de los recursos que sean entregados por los inversionistas en desarrollo del presente contrato. Para ello previo a la realización de cada operación LA FIDUCIARIA deberá solicitar al INVERSIONISTA el diligenciamiento del formulario de control y prevención de lavado de activos»*⁹⁵, pero ello en nada afecta el juicio de reproche en contra de **HURTADO OROZCO** y **AHUMADA SABOGAL** porque la responsabilidad penal es de carácter personal e independiente de la que resulte asignada o no a otros sujetos posiblemente comprometidos en la pérdida del dinero público.

Así las cosas, no hay lugar a casar la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal.

⁹⁵ Cfr. folio 67 del cuaderno anexo original 48.

3. La casación oficiosa

3.1. Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos procesales en los procesos penales. En vigencia de esa tarea debe velar por el respeto irrestricto de sus garantías esenciales en aras de posibilitar la efectividad de las mismas.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos, deberá remediarla oficiosamente aunque el censor no lo advierta en su libelo, tal como lo autoriza el artículo 216 del Estatuto Penal Adjetivo.

En el caso de la especie, son varias las anomalías que demandan la intervención oficiosa de la Corte con el fin de impartir justicia en el caso concreto y dar alcance al principio de legalidad de la pena. Las razones son las que a continuación se exponen.

3.1.1. JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS

En torno a este procesado, la Sala advierte que el *a quo* erró al delimitar el máximo punitivo previsto en los artículos

397, inciso 2º, en concordancia con el 30 del Código Penal respecto del delito de peculado por apropiación ejecutado en condición de interviniente, así como en la delimitación de los cuartos, lo que tuvo incidencia directa al individualizar la pena de prisión dentro del segundo cuarto medio.

Del mismo modo, se observa que el Tribunal obvió redosificar dicha sanción en un cuarto de movilidad diverso, producto de haber eliminado una de las circunstancias de mayor punibilidad: la descrita en el numeral 9º del artículo 58 *ejusdem* -deducida en el pliego de cargos y el fallo de primer nivel-, teniendo en cuenta que la selección del tercer cuarto por el juez singular había estado motivada en el número de agravantes genéricas respecto de la única atenuante reconocida (ausencia de antecedentes penales), al tiempo que inobservó la necesidad de aplicar, respecto de la pena de multa, el descuento de una cuarta parte con ocasión del grado de participación atribuido.

3.1.1.1. En efecto, respecto del primer tipo de sanción se tiene que, **JARAMILLO CÁRDENAS** fue condenado por el delito de peculado por apropiación, en grado de interviniente, a 134 meses, monto que resultó de señalar que el aludido punible se encuentra tipificado con pena de prisión que va de 54 a **203 meses**, y de delimitar los siguientes cuartos de movilidad: 54 a 93.75; 93.76 a 133.5; **133.51 a 173.25** y; 173.26 a 203 meses, márgenes punitivos que no responden, como debería, a un único y exacto ámbito de movilidad resultante de la división por cuatro de la diferencia entre el

máximo y el mínimo señalados en los preceptos 397, inciso 2, y 30 del Estatuto Sustantivo, de acuerdo con los lineamientos del canon 61 *ejusdem*, sino a diversas cantidades que evidencian la aplicación indebida de dichas normas: 39,75⁹⁶, 39.74⁹⁷, 39,74⁹⁸ y 29,74⁹⁹.

Ahora bien, en el tercero de dichos cuartos –dada la concurrencia de las causales 1 y 9 del canon 58 y 1 del precepto 55 *ibidem*–, el juzgador fijó el monto de la prisión en 134 meses.

Sin embargo, el límite máximo para dicha infracción bajo el mentado título de imputación –interviniente– no es de 203 meses sino de 202.5, porque el descuento de una cuarta parte sobre 270 meses –máximo para el peculado de mayor cuantía– es justamente aquella suma, lo que significa que los cuartos de movilidad verdaderamente se delimitarían de la siguiente forma:

Primero: 54 a 91.125 meses

Segundo: 91,125 y 1 día a 128,5 meses

Tercero: 128,5 y 1 día a 165,375 meses

Cuarto: 165,375 y 1 día a 202.5 meses

Si lo anterior es así, es claro que, para la imposición de la pena de prisión, el juez unipersonal partió de un límite

⁹⁶ Producto de esta resta: $93.75 (-) 54 = 39.75$.

⁹⁷ Producto de esta resta: $133.5 (-) 93.76 = 39.74$.

⁹⁸ Producto de esta resta: $173.25 (-) 133.51 = 39.74$.

⁹⁹ Producto de esta resta: $203 (-) 173.26 = 29.74$.

mayor al autorizado por la ley (133,51 meses), siendo que, en principio, le era obligatorio moverse desde 128.5 meses.

En ese orden, hasta aquí correspondería establecer, atendiendo la proporción de incremento sobre el mínimo del cuarto seleccionado determinada por el fallador, cuál sería la pena correcta a imputar dentro del tercer cuarto, sino fuera porque, antes se impone corregir otro defecto en el sentido señalar que no es en aquél ámbito –tercero- que cabe su individualización sino en el segundo.

En verdad, como recién se anticipó, el sentenciador de primer nivel seleccionó el tercer cuarto por cuanto consideró, acorde con la acusación y los lineamientos del precepto 61 del Código Penal, que eran más las circunstancias de mayor punibilidad –numerales 1 y 9 del artículo 58 *ejusdem*-, que la única de menor punibilidad enrostrada al procesado - numeral 1 del canon 55 *ibidem*-.

No obstante, el *ad quem* estimó ilegal la atribución del agravante genérico relativo a la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio –numeral 9 del artículo 58- y procedió a retirarlo del juicio de reproche, de tal suerte que subsistieron únicamente las circunstancias de mayor y menor punibilidad de que tratan los numerales 1º del artículo 58 y 55 del referido estatuto sustantivo, en su orden, de lo cual se sigue que, el argumento del *a quo*, según el cual la superioridad numérica de las causales agravantes

genéricas impelía escoger el mayor de los dos cuartos medios, perdió todo vigor.

Así las cosas, es en el segundo cuarto en el que corresponde fijar la pena, para lo cual, se insiste, se atenderá la proporción de incremento efectuado sobre el mínimo del tercer cuarto –recién identificado por la Corte- y se aplicará tal resultado al mínimo del segundo cuarto.

De esta manera, se tiene que, el ámbito de movilidad del tercer cuarto, referenciado en el fallo de primer nivel fue de 39.75¹⁰⁰, mientras el acertado era de 37.125¹⁰¹. Así mismo, como el aumento sobre el mínimo del cuarto seleccionado por el fallador singular fue de 1.23%¹⁰², entonces, ha de aplicarse idéntica cantidad sobre el ámbito de movilidad correcto de 37.125, para un resultado de 0.45 meses¹⁰³, que adicionados al mínimo del segundo cuarto de 91.125, arroja un valor de **91.58 de prisión**, o lo que es igual 91 meses y 17 días, en cambio de los 134 meses impuestos en primera instancia.

3.1.1.1. Por otro lado, frente a la pena de multa se tiene que, en primera instancia, luego de dosificarla bajo la modalidad de unidad de multa en 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el juez plural, atendiendo la

¹⁰⁰ Corresponde a la diferencia entre el máximo y el mínimo del tercer cuarto –erradamente delimitado-: 173.25 meses (-) 133.51 meses = 39.74 meses.

¹⁰¹ Resultante de restar el máximo punitivo del peculado en grado de interviniente: 202.5 meses a 54 meses y dividir en cuatro el resultado, conforme a la siguiente operación: 202.5 meses (-) 54 meses = 148.5 meses ÷ 4 = 37.125 meses.

¹⁰² Producto de restar al monto de pena impuesta dentro del tercer cuarto en la sentencia de primera instancia, el mínimo del mismo cuarto e identificar a través de una regla de tres simple ese resultado a qué proporción del ámbito total corresponde: 134 meses (-) 133.51 meses = 0.49 meses x 100% ÷ 39.75 meses = 1.23%.

¹⁰³ La operación es como sigue: 37.125 meses (x) 1.23% ÷ 100% = 0.45 meses.

petición elevada en el recurso de apelación por el Ministerio Público, la modificó para imponer, conforme lo indica el inciso 2 del artículo 397 del Código Penal, el valor de lo apropiado, esto es, \$6.000.000.000.

Pero, olvidó que a **JARAMILLO CÁRDENAS** se le atribuyó el delito de peculado a título de interviniente, lo que le significa un descuento de la cuarta parte de la pena, a voces del último inciso del artículo 30 *ejusdem*, es decir, de \$1.500.000.000 lo que genera, entonces, un resultado de **\$4.500.000.000 de multa.**

En los sentidos anotados, se casará parcialmente de oficio el fallo demandado.

3.1.2. MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO

3.1.2.1. Además de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, este procesado fue acusado en su condición de servidor público por el delito de cohecho propio, el cual se encuentra sancionado en el artículo 405 del Código Penal con pena de prisión de 5 a 8 años.

Lo anterior, implica, de acuerdo con el canon 83 del Código Penal que, dicha conducta, durante la fase de juzgamiento, en principio, habría prescrito, por cuanto el término extintivo de la acción penal era de 6 años y 8 meses, -5 años del lapso básico más el incremento de una tercera

parte por la calidad de servidor público-, período que transcurrió entre el 29 de septiembre de 2010, cuando se profirió la resolución de acusación de segunda instancia y el 29 de mayo de 2017, esto es, después de emitido el fallo de segunda instancia, durante el término de traslado para sustentar el recurso de casación y antes de que arribara a la Corte¹⁰⁴.

Ahora, aunque la consecuencia jurídica que sigue a la constatación del fenecimiento del plazo prescriptivo es su declaración y la cesación de procedimiento, la Corte tiene dicho que, en aquellos casos en los que el procesado fue favorecido con una sentencia absolutoria no cuestionada, se prefiere la decisión de absolución que la extintiva de la acción, en tanto aquella resulta más benigna que ésta.

Entonces, al margen de que por el paso del tiempo, el injusto de cohecho propio se encuentre prescrito, se confirmará la absolución proferida, acatando la posición jurisprudencial decantada sobre el tema y que da prevalencia a esa decisión, en consideración a su naturaleza sustancial (CSJ SP, 16 may. 2007, rad. 24374, CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 39098, CSJ AP, 29 may. 2013, rad. 41268).

3.1.2.2. De otra parte, resulta ostensible la violación del principio de no reforma en peor por parte de la colegiatura, toda vez que, le adicionó al enjuiciado una pena no atribuida

¹⁰⁴ El proceso fue repartido al despacho del Magistrado Ponente el 18 de agosto de 2017. *Cfr.* folio 6 del cuaderno de la Corte.

en primera instancia, respecto de la cual ningún sujeto procesal reclamó su imposición en sede de casación.

Ciertamente, se observa que, si bien el acusado fue sentenciado por el *a quo*, entre otras, a la pena de «*inhabilitación permanente para ejercer cargos públicos*»¹⁰⁵, conforme al inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política, no se le impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, es decir, no hubo pronunciamiento judicial frente a las garantías políticas del encausado, omisión que impedía que dicho error pudiera ser corregido en sede de segunda instancia, como en efecto se hizo en la parte motiva de la providencia al señalar, después de ratificar la imposición de la referida pena intemporal, lo siguiente:

*(...) Asimismo habrá de entenderse que la inhabilitación para el ejercicio de los demás derechos políticos en cabeza de los sentenciados, lo es por un lapso igual al de la pena de prisión. En este sentido se adicionará el fallo apelado.*¹⁰⁶

En consecuencia, para salvaguardar el principio de *no reformatio in pejus* de **GONZÁLEZ RONCANCIO** se casará parcialmente de oficio el fallo impugnado y se excluirá dicha sanción del juicio de reproche.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁰⁵ Cfr. folio 271 del cuaderno original 20.

¹⁰⁶ Cfr. folio 205 del cuaderno original del Tribunal 1.

RESUELVE

Primero. No casar la sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

Segundo. Casar parcialmente de oficio la sentencia impugnada en el sentido de fijar en 91 meses y 17 días y \$4.500.000.000 las penas principales de prisión y multa respecto de **JOSÉ GUILLERMO JARAMILLO CÁRDENAS**.

Tercero. Casar parcialmente de oficio el fallo demandado, a efecto de excluir, en salvaguarda del principio de no reforma en peor, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal impuesta a **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO**.

Cuarto. Abstenerse de decretar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal por el delito de cohecho propio, en relación con **MIGUEL GONZÁLEZ RONCANCIO** y confirmar, entonces, la absolución dictada a favor de dicho procesado por el referido injusto.

Quinto. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria