

“De manera oficiosa, la Sala casará el fallo en los términos propuestos por el Ministerio Público, situación que comporta la desestimación de las pretensiones del demandante.

Las siguientes son las razones:

1. El documento de folio 58 fue suscrito en julio de 1999 entre (la empresa) y (el intermediario) y lo denominaron “acuerdo de intermediación”, en virtud del cual el último se comprometía a vender los productos de la empresa del primero, “(D) Limitada”, a tomar los pedidos y a realizar los cobros, a cambio de lo cual, aquél le cancelaría una comisión.

“del 2,5% sobre recaudos y el 2,5% sobre ventas. Las partes acuerdan que después de 90 días del vencimiento de las facturas, no habrá derecho alguno a reconocer ni reclamar dicha comisión”.

Se aclaró que el intermediario podía tener una oficina y contratar personal por su cuenta y riesgo, sin que esa circunstancia generase obligaciones para (la empresa), ni relación contractual alguna (éste, se advirtió, sólo pagaría al intermediario la comisión pactada), y que aquél se comprometía a inscribirse en la Cámara de Comercio, a facturar las comisiones y el impuesto al valor agregado (IVA). Por su parte, la empresa se obligaba a entregar a (el intermediario) un presupuesto mínimo mensual para que pudiera cumplir su gestión.

2. La reseña de las reglas del contrato permite inferir, con el apoderado de la parte civil, que la distorsión denunciada por el casacionista obedece, no a una estimación judicial errada, sino a que parte de presupuestos inexistentes en el documento, esto es, que quien tergiversa el contenido real de la prueba es el impugnante.

En efecto, el “acuerdo de intermediación” por parte alguna autorizaba al intermediario a “cobrarse por la derecha”, esto es, a descontar de los recaudos cobrados lo que consideraba era suyo y entregar los remanentes a la empresa. Por el contrario, expresamente se convino que sería... (la empresa) quien “pagará al intermediario la comisión pactada”. Así, la actividad de pagar lo debido al intermediario debía provenir, según lo convenido, de la empresa.

Tampoco coincide con el texto del contrato decir que el intermediario podía invertir el dinero recibido como a bien tuviera, pues ello sólo podría decirse, y parcialmente, en relación con el “presupuesto mínimo mensual”, pues la libertad de uso se condicionaba a que se dirigiera a “fin de cumplir adecuadamente” la tarea convenida. No había, por tanto, una “independencia” total de manejo. Por esta vía, además, se demuestra de nuevo que el intermediario no podía “autopagarse”, sino que era la empresa la que hacía tal, pues incluso con ese presupuesto mínimo mensual así quedó estipulado.

Nótese cómo de las dos comisiones pactadas, una de ellas, la relacionada con los “recaudos”, se condicionó a que el cobro fuera hecho efectivo dentro de los 90 días siguientes. Es decir, cuando se excediera el lapso no había lugar al reconocimiento de la comisión. De tal manera que resultaba imperioso que la empresa constatará el no vencimiento del plazo y sólo así avalara la entrega de dineros al procesado. Por modo que cuando menos sobre este rubro mal podía el acusado hacer descuentos.

En esas condiciones, es claro que el deber de (el intermediario), derivado del contrato (que el recurrente considera valorado en forma tergiversada), era entregar a la empresa los dineros recaudados, para que ésta, hechas las liquidaciones que allí mismo fueron reglamentadas, procediera a pagarle las comisiones correspondientes.

Como los jueces tuvieron por demostrado que el acusado no actuó de esa manera, sino que, por el contrario, procedió a consignar las sumas recogidas en su cuenta personal, la conclusión defensiva sobre que el asunto se tornaba en un simple incumplimiento de un contrato civil se muestra desfasada de la realidad probatoria, pues existió ánimo conciente y voluntario de apropiarse de los dineros ajenos, al punto que, o personalmente, o a través de terceros por indicaciones suyas, hubo depósitos en cuentas bancarias, no de “(D) Limitada”, sino de (el intermediario), depósitos que, por otra parte, superaban el valor de las comisiones.

Con la lógica defensiva, entonces, cuando menos lo que sobrepasara el monto de las comisiones debió ser depositado a nombre de “(D) Limitada”. Como el procesado no hizo tal, resulta incontrastable la apropiación ilícita sobre estos rubros.

3. En relación con los elementos que diferencian las conductas punibles de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza, la Sala tiene dicho¹:

“Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que son varias las diferencias que pueden establecerse entre los punibles de hurto agravado por la confianza y abuso de confianza, tal como atinadamente lo señaló la juez...

En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, también lo es que en el delito de hurto agravado el bien puede estar en poder del agente pero sin vínculo jurídico sobre el mismo, ya que el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se encuentra en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del sujeto activo de la infracción.

Sobre este aspecto la Corte ha sostenido:

“Repetidamente se ha dicho por esta Corporación que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico.

“A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente ‘por un título no traslativo de dominio’; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

“El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

“Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos..., no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal

¹ Auto del 26 de junio de 1997 (Rad. 13.139).

para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos”. (Casación del 17 ene. 1984, M.P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo)”.

Recientemente², afirmó lo siguiente:

“La distinción, bastante problemática, entre el delito de abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, puede afrontarse desde una triple perspectiva que involucre el bien jurídico, la ontología de la conducta y el sentido normativo de la misma.

Desde una visión político criminal de las normas penales se puede concluir, por el énfasis que hiciera el legislador en el principio de lesividad, que la lesión o el riesgo para el bien jurídico se constituye en la esencia del injusto y de allí la necesaria referencia a la categoría dogmática de la antijuridicidad como expresión de los desvalores de acción y de resultado (art. 11 del Cód. Pen.).

Desde ese margen se puede sostener, igualmente, que sólo las conductas seleccionadas por el legislador tienen la aptitud de vulnerar la relación social concreta y prejurídica que encarna el bien jurídico y que por la dinámica de los procesos de interacción puede afectarse de diversas maneras, como ocurre con bienes jurídicos como el de patrimonio económico, que puede lesionarse o ponerse en riesgo mediante la apropiación (abuso de confianza), el apoderamiento (hurto), la coacción (extorsión), el engaño (estafa), o conductas afines (defraudación) que implican respuestas punitivas diversas dependiendo de la gravedad, modalidad e intensidad del ataque.

Así se puede explicar, mediante una primera aproximación, la razón por la que, pese a su similitud y a proteger un mismo bien jurídico, los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza terminan distinguiéndose como expresiones de sentido que responden a diversas estructuras ontológicas y a una concreta modalidad de afección, las cuales el legislador extrae de la realidad y las sanciona de manera diversa, como corresponde a sus perfiles óntico y valorativo.

Por eso, nótese que la apropiación, como núcleo rector del tipo penal del abuso de confianza, contiene un juicio de valor que hace énfasis en la relación que surge entre la víctima y los bienes (la mera tradición), mientras que en el hurto, el apoderamiento, si bien también corresponde a una expresión jurídica, mira más a la ontología de la conducta, a una relación fáctica.

Si se quiere, en el abuso de confianza la apropiación tiene explicación en un marcado acento jurídico, pues ella surge como consecuencia de la entrega en confianza de un bien que se recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento en el hurto dice relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable.

En este sentido, la Corte ha expresado lo siguiente:

“en el primer caso su nomen iuris se debe a que la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslativo de dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta ‘administración fraudulenta’, mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento.

“Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya confiado o entregado con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho habiente y el receptor, entendido éste como la existencia de una comunicabilidad de circunstancias

² Sentencia del 24 de enero del 2007 (Rad. 22.412), reiterada el 7 de marzo del 2007 (Rad. 24.793).

sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, si exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación”³.”

4. La acción investigada, que consistió en que el procesado se quedó con el dinero recibido, que debía entregar al denunciante o consignar en las cuentas de éste, se originó en el convenio escrito celebrado entre ellos y que denominaron “acuerdo de intermediación”, en virtud del cual, en términos generales, (el intermediario) vendía productos de propiedad de (la empresa) y recaudaba el precio de tales transacciones, esto es, que contractualmente estaba autorizado por el dueño de la mercancía (y, por ende, del dinero entregado por ella) a recoger las sumas percibidas por esos negocios.

Así, el dinero apropiado indebidamente era recibido por el sindicado en virtud de un contrato válidamente realizado, pacto que lo puso en relación jurídica con las sumas, que si bien eran de propiedad de (la empresa) éste lo autorizó para recaudarlas. En esas condiciones, la tenencia de la cosa por parte de (el intermediario) resultó legitimada por la expresa y escrita autorización hecha por el dueño de la misma, según el contrato lícito que suscribieron.

Ese acuerdo o contrato de intermediación, como atinadamente concluye el Ministerio Público, constituye una especie del denominado “contrato de mandato”, descrito en el artículo 2142 del Código Civil, pues que, en efecto, una persona (el denunciante) confió a otra (el acusado) la gestión de sus negocios (la venta de su mercancía y el recaudo de los pagos respectivos). De manera más concreta se está ante el “contrato de mandato comercial” de que trata el artículo 2162 del Código de Comercio, en cuanto una parte se obligó a ejecutar actos de comercio por cuenta de otra.

5. Si ello es así, en la línea argumentativa que se trae, se concluye que los jueces se equivocaron en el proceso de adecuación típica, porque resulta incontrastable la legitimación para la tenencia del dinero por parte de (el intermediario), en cuanto ella le fue cedida por el dueño, esto es, que el último, a través de autorización expresa para hacer los cobros, le entregó esas sumas mediante un título no traslativo de dominio.

Esa conducta, bajo el nombre de “abuso de confianza”, la definen, tipifican y sancionan los artículos 358 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, y 249 de la Ley 599 del 2000, en vigor actualmente.

La Sala, en consecuencia, debe intervenir oficiosamente, toda vez que los juzgadores infringieron directamente, por aplicación indebida, las disposiciones penales que tratan de la conducta punible de hurto agravado por la confianza, en tanto que dejaron de aplicar aquellas reguladoras del abuso de confianza, que eran las que con propiedad recogían en su integridad el comportamiento investigado.

Lo hará para mudar el delito por el que finalmente debe ser sancionado el acusado, procedimiento que en modo alguno vulnera sus derechos fundamentales. Por el contrario, se los respeta y restablece, como que (I) el núcleo central de la acusación (la apropiación de dineros ajenos) permanece inalterable; (II) en vigencia de la Ley 600 de 2000, bajo cuyo imperio se adelantó el juzgamiento, el juez no se encuentra atado a moverse dentro del respectivo capítulo (como sucedía en estatutos anteriores); y, (III) punitivamente el cambio resulta benéfico para el sujeto pasivo de la acción penal.

6. En punto del presupuesto de procedibilidad, se tiene que el último acto de apropiación sucedió en marzo del 2001. Para entonces regía el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991,

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, casación del 17 de febrero de 1999, Rad. 11093.

modificado por el artículo 2° de la Ley 81 de 1993 que supeditada la actuación judicial a la presentación de querrela de parte. El artículo 32 procesal establecía un lapso de un año como de caducidad, término que no transcurrió pues la denuncia fue presentada el 9 de abril de aquel año.

7. Sobre la punibilidad, dígame:

(I) La acusación no especificó la norma sancionatoria. Solamente anunció el título VII, Capítulo I, del Código Penal, aspecto que unido a la precisión de la pena de 2 a 6 años de prisión, permite inferir que se trata del artículo 239 de la Ley 599 del 2000. No dedujo ninguna circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, porque la allí citada hace referencia al hurto agravado por la confianza, que se ha descartado.

(II) El juez de primera instancia, avalado por el ad quem, dijo escoger por favorabilidad del Decreto 100 de 1980. No citó la disposición, pero se deduce que aplicó sus artículos 340 y 351. Ubicado en el cuarto mínimo, por la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo impuso 20 meses, esto es, que al mínimo legal (14) le adicionó 6 meses, esto es, el 25,5% del máximo que le era permitido.

(III) Como la conducta se desplaza al abuso de confianza, enfrentados los artículos 358 y 249 de los Códigos Penales de 1980 y 2000, respectivamente, surge favorable el primero, en cuanto si bien los topes mínimos (de los que partieron los jueces) son iguales, la pena de multa en el primero va de mil a cien mil pesos, en tanto que en el último se mueve entre 10 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En traslado de los criterios de los jueces, se tiene que aplicado el 25,5% a los límites mínimos legales, las sanciones que debe cumplir el acusado serán de 15 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas y \$1.255 de multa”. (Sentencia: Septiembre 6 de 2007, Referencia: Expediente 27319, Decisión: Casa parcial y oficiosamente).