



SALA DE DECISIÓN PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 052 - 2019

Rdo. 05-001-60-00248-2014-06801–2da-instancia

PROCESADO	JHON JAIME RESTREPO BUILES Y OTROS
DELITOS	CONCIERTO PARA DELINQUIR, ESTAFA AGRAVADA Y OTROS
ORIGEN	JUZGADO 15 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN	CONFIRMA PARCIALMENTE
MAG. P.	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 43)

(Sesión del 1º de agosto de 2019)

Medellín, trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019). Fecha lectura.

Procede la Sala a desatar el recurso de **APELACIÓN** elevado por la representante de la Fiscalía General de la Nación, contra el auto proferido el 10 de mayo de 2019 por el Juzgado 15 Penal del Circuito de esta ciudad, mediante el cual negó la preclusión de la investigación penal seguida en contra de **JOHN JAIME RESTREPO BUILES, BERNARDO ANTONIO BOTERO RENGIFO, ASTRID EUGENIA TRUJILLO RESTREPO, MARTHA ELENA HENAO ZAPATA y YAMILE ARLENY GARZÓN ZAPATA.**

HECHOS

Del escrito de acusación e información allegada por las partes en la audiencia de preclusión, los hechos jurídicamente relevantes podrían resumirse así:

Los esposos Beatriz Pérez Toro y Juan Diego Palacio Roldán (q.e.p.d.) residían en Caracas, Venezuela desde el año 1997, pero viajaban esporádicamente a Colombia; en uno de esos retornos, inicios del año 2009, estando en una reunión familiar conocieron al señor Bernardo Botero, de quien oyeron era hombre emprendedor y gran negociador, por lo cual decidieron con él iniciar una industria de frutas en polvo que se comercializaría en Venezuela, el cual tuvo buen efecto pues al cabo de seis meses la pareja de comerciante logró registrar la marca del producto en ese país.

Meses más tarde, entre septiembre y noviembre del mismo 2009, los cónyuges le manifestaron a Bernardo Botero su intención de realizar una inversión en Colombia y éste les indicó que su jefe John Jaime Restrepo Builes quería vender una de las empresas de su grupo, concretamente la de cosméticos "RENÉ CHARDÓN", la cual no era desconocida para ellos, pues tenía más de 40 años de existencia en el mercado de Medellín. Fue así como se inició la negociación, teniendo una primera reunión de acercamiento, donde se presentaron balances, proyecciones de ventas, participación en el mercado, entre otros indicadores. De esa reunión surgió una primera inquietud: ¿Cuál era el motivo de la venta de la empresa si era tan buena?, a lo cual los vendedores respondieron que ellos estaban interesados en invertir en un negocio nuevo y para ello tenía que vender una de sus unidades de las diferentes que tenían para obtener recursos y poder así desarrollar el nuevo proyecto. A esa reunión se presentaron:

- Juan Diego Palacio Roldán (q.e.p.d.): prominente comprador.
- Beatriz Pérez Toro: prominente compradora.
- John Jaime Restrepo Builes: Propietario de RCH y otro grupo de empresas.
- Fátima Ponce: empleada de John Jaime Restrepo y tesorera de IPF, casa matriz del conglomerado de empresas.
- Bernardo Botero: Gerente de Tecnoal y RCH.
- Astrid Trujillo: Administradora de Tecnoal y RCH.

La pareja Palacio Pérez consideró que, según la información presentada por los vendedores, se trataba de un buen negocio teniendo en cuenta que:

1. La empresa contaba con altos niveles de inventario, lo cual les evitaba hacer en el corto plazo grandes inversiones en compra de materias primas;
2. Una cartera bastante elevada que les permitiría cobrarla y así generar nuevos ingresos;
3. Visitaron la planta en compañía de Bernardo Botero y Astrid Trujillo, observando que había orden y trabajo, lo cual les indicaba que todo estaba en perfectas condiciones; los equipos limpios y bien presentados, pero según información brindada luego por los trabajadores de la empresa, días antes habían pintado el local por partes y con pintura de mala calidad para impresionarlos.

Pasaron unos meses antes de la segunda reunión, lapso durante el cual el señor Bernardo Botero, vía telefónica, le insistía a Juan Diego Palacio que hicieran el negocio, que era muy bueno, que John Jaime estaba muy interesado, que él, como gerente de RCH, podía dar testimonio de lo bien que la empresa estaba, aduciendo incluso que si tuviera dinero la compraba. En febrero de 2010 se efectuó una nueva reunión con los mismos asistentes de la primera y en ella se llegó a un acuerdo de compra consistente en pagar por la empresa un total de \$1.300.000.000 y hacerse cargo de unas acreencias por valor de \$1.759.000.000, las cuales eran prácticamente con ellos mismos (los vendedores). Podían cancelar primero el valor de la empresa y el resto a plazos. En el momento de cancelar los primeros \$1.300.000.000 les cederían el 100% de las acciones, lo cual sucedió efectivamente.

En el contrato de compraventa se estableció una cláusula de indemnidad que establecía que cualquier eventualidad que se presentara, una vez asumido por los nuevos compradores el control de la empresa (abril de 2010), si era responsabilidad de los vendedores, John Jaime Restrepo debía responder. Según el señor Juan Diego Palacio, las cifras en el balance general eran muy buenas y se encontraban respaldadas en mayor y balance a enero, febrero y marzo de 2010 registrado en Cámara de Comercio, el cual fue presuntamente adulterado (falsedad en documento privado). Refiere la víctima que no contó con asesoría de contador ni abogado, pues a más de sus conocimientos como profesional en administración de negocios y su vasta experiencia y trayectoria en altos cargos en grandes empresas como Postobon y Colanta, confió en los balances que le fueron presentados, los cuales le mostraban

una empresa en punto de equilibrio. Dichos documentos evidenciaban en el activo unos valores cercanos a los 2.800 millones de pesos aproximadamente, de cuentas por cobrar \$834.000.000, inventarios \$392.000.000, planta y equipos \$127.000.000, marcas \$1.073.000.000, diferidos \$400.000 y otras cuentas por cobrar \$11.000.000. No obstante, al observar las cifras de cuentas por cobrar de años anteriores empezaron a encontrar las inconsistencias: año 2002: \$862.692.300; año 2003 \$734.485.138; año 2004: \$806.247.222; año 2005: \$772.087.296; año 2006: \$683.594.898; año 2007: \$565.057.000; año 2008: \$657.008.000, año 2009: \$558.221.000. Así mismo, según balance de comprobación expedido a marzo de 2010, con el cual compraron la empresa, se evidencia en detalle de cuentas por cobrar la siguiente información: Deudores \$ 855.244.072; clientes: \$ 355.187.004 (cuentas que estaban vencidas o pagadas); socios \$102.653.798 (los cuales no pagaron); anticipo impuestos \$72.146.455 (inexistente según estudio de contabilidad realizado por la experta de CTI y de la contadora por ellos contratada); trabajadores \$613.052 (eran deudas por pagar); deudores varios \$15.502.469; deudas de difícil cobro: \$299.920.809 (las cuales ya habían sido pagadas y sirvieron para el presunto maquillaje de los balances).

De acuerdo a lo expuesto por los denunciantes, la cifra de cuentas por cobrar por un valor de \$855.244.072, incidió en la negociación de la empresa; sin embargo, siempre indagaron a sus vendedores por el origen de las deudas de difícil recaudo, sin obtener una respuesta satisfactoria. En diciembre 31 de 2010, la revisora fiscal castiga esas cuentas por cobrar en \$304.000.000, según el balance y mayor 2008, 2009 y 2010 certificados por Cámara de Comercio, porque no se podían cobrar, era imposible, de ahí empiezan a vislumbrar la presunta comisión de una estafa, pues inexplicablemente se habían desaparecido otros \$300 millones de esa cuenta. La señora Martha Elena Zapata Henao seguía siendo revisora fiscal de las empresas de John Jaime Restrepo Builes y por recomendación de éste mismo, ella continuó siendo la revisora fiscal hasta el año 2012, porque según la teoría del ente acusador, *"tenía que encargarse de cubrir la estafa de la que era coautora al respaldar unos libros*

maquillados para deshacerse de una empresa que ya no les servía porque solo daba pérdidas de mucho tiempo atrás.”¹

Las deudas de difícil cobro a febrero 29 de 2008 eran de \$143.237.310 y en mayo 8 de 2008 fueron por el mismo valor, en diciembre 31 de 2009 pasaron a ser de \$299 millones, lo cual quiere decir que en año y medio dicha cuenta se incrementó en un 52%, que contablemente esa cifra nunca fue castigada y les vendieron la empresa contando dentro de sus activos una cifra que ya constituía pérdida.

Otro aspecto importante que tuvo en cuenta la pareja Palacio Pérez para comprar esta empresa de papel fue el comportamiento de las ventas en los meses y años anteriores, información que presuntamente fue alterada por la contadora Yamile Arleny Garzón Zapata y la revisora fiscal Marta Elena Henao Zapata, para efectuar el engaño a las víctimas, siendo entregada de la siguiente manera:

- Ventas año 2002: \$2.546.593.797
- Ventas año 2003: \$2.747.420.701
- Ventas año 2004: \$2.624.352.934
- Ventas año 2005: \$2.214.773.680
- Ventas año 2006: \$2.038.874.000
- Ventas año 2007: \$2.486.507.000
- Ventas año 2008: \$1.954.574.000
- Ventas año 2009: \$1.561.644.000
- Ventas año 2010: \$1.871.627.000
- Ventas año 2011: \$1.907.528.000

Para los compradores resultaba inquietante que les estuvieran vendiendo una empresa con unas cifras de ventas tan altas y la explicación que les dieron era que John Jaime Restrepo Builes ya estaba cansado con ese negocio y que había preferido no seguirle invirtiendo; no obstante, según balances y estado de pérdidas y ganancias se evidenciaron los siguientes resultados financieros:

¹ Ver escrito de acusación, página 10, folio 71.

- Utilidad año 2002: \$31.824.827
- Utilidad año 2003: \$13.678.238
- Utilidad año 2004: \$2.636.991
- Utilidad año 2005: \$21.807.792
- Pérdidas año 2006: (\$149.072.000)
- Pérdidas año 2007: (\$13.180.000)
- Pérdidas año 2008: (\$ 819.438.000)
- Pérdidas año 2009: (\$198.368.000)
- Utilidad año 2010: \$89.326.000
- Pérdida año 2011: (\$459.912.000)
- Pérdida año 2012: (\$212.505.000)

Las anteriores cifras indican que la situación más crítica de la empresa inició a partir del año 2006 y nunca las utilidades fueron lo suficientemente grandes para soportar el manejo del negocio, aun así, Bernardo y John Jaime le aducían a la pareja Palacio Pérez que la empresa estaba muy cerca del punto de equilibrio y con un pequeño esfuerzo de parte de las víctimas lograrían resultados muy favorables.

En la negociación se estableció que la señora Beatriz Pérez asumiría la gerencia de RCH en la primera semana de abril de 2010, una vez hubiesen desembolsado parte del dinero; que cuando Beatriz asumió el cargo estuvo cerca de 20 días con Astrid Trujillo en un proceso de empalme que tuvo múltiples inconvenientes, porque Astrid seguía haciendo pagos y tomando decisiones sin el visto bueno de la señora Beatriz, incomodidad que se le comunicó a Bernardo Botero, momento en que se optó por que Astrid no regresara a la Empresa RCH. En el segundo semestre del año 2010 empezaron a presentarse múltiples devoluciones de producto por deficiencias en su calidad, pues en su mayoría presentaban: contaminación, averías de envase, mala calidad, filtraciones, decoloración de envase; que, por ejemplo, para el año 2010 las devoluciones ascendieron a la suma de \$63.099.359, en el año 2011 \$46.205.547 y en el año 2012 \$50.489.496. Según lo manifestado por las víctimas, los mismos empleados de la planta les indicaron que todas estas devoluciones se debieron en gran parte a la manipulación que se hizo de los productos tratando de bajar los costos, buscando rentabilidad y así estabilizar la empresa.

Con ocasión de los inconvenientes presentados con la calidad de los productos, los nuevos propietarios contrataron a la ingeniera química Paola Chica para que efectuara un diagnóstico del estado real de los procesos de producción y de calidad de la fábrica, quien encontró que no existían procesos documentados de producción y por tanto debió hacer procesos a escala de cada producto para determinar si todo estaba acorde con lo registrado en el INVIMA. Otro de los hallazgos fue que los productos habían sido alterados en sus formulaciones con el ánimo de bajar los costos. De toda esta situación se le informó a Bernardo Botero y Astrid Trujillo, pero la respuesta de esta última fue que ella no sabía nada de la parte técnica.

Es de resaltar que el señor John Jaime Restrepo Builes, teniendo un conglomerado de empresas con una integración de tipo vertical, en la cual las empresas hermanas del grupo ayudaban a la que estuviera en problemas, como el caso de RCH que cuando no tenía para pagar nómina, TECNOAL la pagaba; cuando no había envases los suministraba RB PLASTICOS; cuando no habían fragancias las suministraba PERISSA e IPF; cuando no había dinero para determinadas cosas lo ponía IPF; igual los Bancos los respaldaban debido a la posición económica del señor John Jaime.

Debido a los percances presentados, el señor Juan Diego Palacio inició un recorrido en varias ciudades del país para ver cómo se movía la marca, hablaron con los vendedores y se enteraron que la marca no rotaba en esos últimos años porque no renovó portafolio, tenía problemas de calidad, etiquetas feas, los despachos eran demorados, entre otros inconvenientes. Así mismo la señora Beatriz hizo un sondeo con Gloria Martínez y encontró que los clientes no querían saber nada de la empresa.

Entre los percances más importantes se encuentra el presentado con una marca que se llama *ilegale* que, según las víctimas, aparecería en la venta de la empresa y de repente llegó una persona a reclamarla porque John Jaime Restrepo se la había vendido. Esta marca no la producía RCH, pero estaba incluida en el inventario y nunca les hablaron de ella ni le dieron una explicación al respecto. La marca *ilegale* tenía productos que se referían al laboratorio fabricante como RCH Cosmética, a sabiendas que allí no se fabricaba este producto, situación que era bastante delicada porque si pasaba algo con ese producto sería responsabilidad de RCH, como

consecuencia procedieron a cancelar la marca lo cual les trajo perjuicios económicos, pues para ello gastaron alrededor de 17 millones de pesos, gastos que las víctimas consideraron estarían amparados en la cláusula contractual de indemnidad.

También el problema presentado con el INVIMA, pues descubrieron que los registros de los productos no estaban al día y el registro de cada uno de ellos costó algo más de 2 millones de pesos, además el abogado cobraba 500 mil pesos por tales actualizaciones y registros, que en total fueron 19, aunado a ello encontraron productos sin registro INVIMA, lo cual fue comunicado al vendedor John Jaime Restrepo quien dijo que solo les reconocía 15 millones de pesos por ese asunto. Así mismo, en una visita que realizó esa autoridad a la planta de producción, encontraron irregularidades en el Departamento Técnico (presentaciones que no coincidían con el producto, registros que amparaban otros productos), encontraron que el polvo decolorante no tenía registro, también inició proceso sancionatorio por un champú que usaba otro registro y por una visita que realizaron en años anteriores y apenas la notificaron entre los años 2010 a 2012 después de que la pareja Palacio Pérez había asumido la gerencia, situación que por demás fue negada por los vendedores e imputados.

Las víctimas refirieron haber encontrado desde abril de 2010 materias primas que estaban vencidas desde el año 2002, situación que fue ocultada y, por el contrario, les fueron cobradas. Ante la insistencia de la pareja Palacio Pérez de dar de baja todo el inventario, en el año 2012 Bernardo Botero acudió a la planta y se limitó a tomar fotos del procedimiento, manifestando que John Jaime Restrepo Builes era el que decidiría, pero nunca les dieron respuesta. Refirieron que dicha situación afectó mucho sus finanzas, pues prácticamente el 50% del inventario que les fue vendido no servía para nada, y el que servía, en algunos casos, era de muy baja rotación.

Señalaron los denunciantes que en el año 2012 les fueron embargadas todas las cuentas por parte del Seguro Social con ocasión de una omisión en los pagos por parte de los anteriores propietarios de la RCH, lo cual llevó al cierre de la empresa por 3 meses, para luego, en el año 2013, liquidar la sociedad, en esa oportunidad contaron con la asesoría de Marta Lucía Ceballos Noreña, contadora de RCH

Cosmética, quien acompañó el proceso de liquidación de la sociedad, y luego de investigar la causa, encontró un deterioro financiero grandísimo, concluyendo que habían comprado la compañía con una cifra de balances que estaba desvirtuada porque no coincidía con la realidad, que desde hacía muchos años la empresa debió ser liquidada y disuelta, y cuando sugirió iniciar el proceso de reclamación, la señora Beatriz Pérez dijo que eran amigos y estaban tratando de resolver amigablemente y no a través de estrados judiciales; sin embargo, el señor John Jaime presentó una demanda contra la pareja Palacio Pérez por no cancelar las obligaciones derivadas del contrato suscrito en noviembre de 2010, pues debían más de 400 millones de capital, presentando ante el juez civil un pagaré que al parecer no fue llenado según la carta de instrucciones efectuada, razón por la cual les fue embargada su casa y apartamento; el señor Juan Diego Palacio aseguró que durante año y medio estuvo intentando hablar con John Jaime Restrepo, pero éste no lo atendió y finalmente le dijo a Juan Diego Palacio que los negocios se hacían con la cabeza y no con el corazón, a raíz de esta situación se vieron motivados a denunciar los hechos penalmente.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 22 de julio de 2016, el Juzgado 12 Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías accedió a la solicitud de orden de captura elevada por la Fiscalía 82 Seccional de Medellín, en contra de John Jaime Restrepo Builes, Bernardo Antonio Botero Rengifo, Astrid Eugenia Trujillo Restrepo y Marta Helena Henao Zapata, sin acceder a la orden deprecada contra Yamile Arleny Garzón Zapata.

Ante el Juzgado 22 Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, el 25 de julio de 2016, se legalizó el procedimiento de captura de *JHON JAIME RESTREPO BUILES*, seguidamente se le formuló imputación por los delitos de estafa agravada por la cuantía, falsedad en documento privado, concierto para delinquir, fraude procesal y enriquecimiento ilícito, sin que se allanara a los cargos; finalmente se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad prevista en los numerales 3 y 5 del literal B del artículo 307 del Código Penal



(obligación de presentarse ante la autoridad que lo requiera y prohibición de salir del país).

El 16 de agosto de 2016, ante el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se legalizó el procedimiento de captura de *BERNARDO ANTONIO BOTERO RENGIFO*, *ASTRID EUGENIA TRUJILLO RESTREPO* y *MARTHA ELENA HENAO ZAPATA*, a la diligencia se presentó voluntariamente *YAMILE ARLENY GARZÓN ZAPATA* para integrarse a la formulación de imputación por los delitos de estafa agravada por la cuantía, falsedad en documento privado y concierto para delinquir, sin que se allanaran a los cargos. Aunque la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento, el despacho no accedió y contra es decisión la delegada del ente acusador y el representante de víctimas interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 28 Penal del Circuito, despacho que en segunda instancia confirmó la decisión del Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 24 de octubre de 2016, correspondiéndole por reparto el conocimiento al Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín, donde luego de varios aplazamientos, el 5 de abril de 2018, cuando se iba a llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía cambió su pretensión y deprecó la preclusión de la investigación por el numeral 4º del artículo 332 del C.P., diligencia que se desarrolló en varias sesiones: 5 de abril de 2018, 22 y 23 de mayo de 2018, 16 de agosto de 2018, 6 de noviembre de 2018, 7 de noviembre de 2018, 22 de marzo de 2019, culminando el 10 de mayo de 2019, oportunidad en la cual el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín negó la preclusión de la investigación, decisión de la cual conoce esta Sala por la apelación que hiciera la Fiscalía y la defensa de los imputados.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La delegada fiscal solicita se proceda a precluir la investigación que se adelanta en contra de JOHN JAIME RESTREPO BUILES, BERNARDO ANTONIO BOTERO RENGIFO, ASTRID EUGENIA TRUJILLO RESTREPO, MARTHA ELENA HENAO ZAPATA

y YAMILE ARLENY GARZÓN ZAPATA, pues no se cuenta con elementos de juicio para proceder a una formulación de acusación por la presunta comisión de los delitos de estafa agravada por la cuantía, falsedad en documento privado, concierto para delinquir, fraude procesal y enriquecimiento ilícito. Lo anterior al tenor de los artículos 331 y 332 del Código de Procedimiento Penal que establecen que: *"en cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión si no existiere mérito para acusar"*; el artículo 332 *ibídem* establece las causales de preclusión, entre las cuales está: *"4. Por atipicidad del hecho investigado"*, como sustento aporta los siguientes elementos probatorios:

- Denuncia formulada por Juan Diego Palacio.
- Auditoría de estados financieros realizada a RCH COSMÉTICA durante el año 2006 a marzo 31 de 2010 aportados por Juan Diego Palacio.
- Entrevista a Juan Diego Palacio el 16 de febrero de 2015.
- Informe de investigador de campo suscrito por la señora Angélica Col investigadora contable del CTI de 31 de julio de 2015.
- Anexos al anterior informe contable.
- Informe de investigador de campo de 18 de marzo de 2015 a través del cual intenta ubicar a varios de inculpatos, se trae la identidad de los mismos.
- Informe de Hilda Mary Álvarez Toro, documentos tendientes a determinar el deterioro financiero de la empresa.
- Declaraciones que se hicieron en el proceso civil, donde reiteran lo dicho en el penal:
- Declaración jurada de John Fredy Ortiz, Coordinador de Operaciones de Bellalab, empresa de los denunciantes.
- Declaración del 5 de agosto de 2017 de la señora Lina Marcela López Montoya, analista de control de calidad o lo era para ese momento de Bellalab.
- Declaración jurada de Esneida Patricia Monsalve, operaria de Bellalab, del 5 de agosto de 2016.
- Declaración jurada de Hernando José Montoya, quien fue el funcionario que tuvo que realizar experticia ante el Juzgado Civil de Circuito con ocasión de la demanda presentada por los aquí denunciados.
- Declaración jurada de Adriana María Caro Rodríguez, quien también trabajaba para RENÉ CHARDÓN y posteriormente al servicio de los denunciantes del 5 de agosto de 2016.

- Interrogatorio a indiciado de 1 de marzo del 2017, rendido por John Jaime Restrepo Builes, al que se adjuntan los anexos por éste aportados.
- Interrogatorio a indiciado del 2 de marzo de 2017 del señor Bernardo Antonio Botero Rengifo.
- Interrogatorio indiciado Marta Elena Henao Zapata del 8 de marzo de 2017.
- Interrogatorio indiciado Astrid Eugenia Trujillo Restrepo del 2 de marzo de 2017 con anexos.
- Certificación emitida por el Juzgado 3 Civil Municipal de Descongestión para el trámite de despachos comisorios.
- Entrevista a la investigadora Angélica Col, contadora de la Fiscalía, 13 de febrero de 2018
- Entrevista del 14 de marzo de 2018 por Beatriz Regina Pérez Toro con la documentación aportada por la defensa.
- Los peritazgos realizados por el perito informático.
- Copia de proceso civil.
- Experticia del señor Alejandro Betancur Penagos, contador, quien se encargó sobre los libros contables sujetos a cadena de custodia.
- Informe que relaciona los bienes de los inculcados para determinar si existía o no incremento patrimonial.

De la extensa sustentación de la delegada fiscal se advierte que, al parecer, los señores Juan Diego y Beatriz sí conocían la real situación financiera de la empresa RCH COSMETICA, pues hubo un intercambio de mensajes enviados a través de correo electrónico, a través de los cuales el señor Juan Diego deja entrever que conocía las cifras y la situación de la empresa, sabía que arrancaba con un déficit de \$4.536.000.000 y requería una inyección de capital o recursos sino quedaría en iliquidez total, lo cual no había sucedido todavía porque las otras empresas del grupo la “apalancaban” financieramente.

Resaltó la delegada fiscal que el vendedor hizo un reconocimiento de inventario a los compradores por valor de \$47.000.000 luego del reclamo por estos elevado. Así mismo, cuando firmaron la promesa de contrato de compraventa de acciones de RCH COSMÉTICA en noviembre de 2010, se incluyó la firma de un pagaré en blanco con carta de instrucciones para soportar las instrucciones contraídas por los dueños,

a más que el negocio de la venta de acciones se consolidó casi 8 meses después de que los nuevos dueños tomaran la administración de la empresa, tiempo que tuvieron para acceder al sistema contable, información comercial, precios, clientes formulación e identificar si querían hacer o no el negocio.

Refirió que los compradores no cumplieron con el compromiso de transferir \$300.000.000, pues tan solo pagaron \$104.018.000 y de \$1.300.000.000 quedaron debiendo la suma de \$310.456.000; aunado a ello, los imputados manifestaron que los nuevos dueños de la empresa cometieron una serie de errores, perdieron el foco del negocio comprando equipos de sonido para carros, restaurante, vehículos por valor aproximado de 250 millones, spa de belleza, realizaron cambios de gerente, perdieron clientes por falta de seguimiento entre ellos: D1, Makro y Alkosto.

Aclara que los inventarios que la señora Beatriz Pérez dijo que eran inutilizables, porque tenían impresos en tinta el diseño total de la marca, obviamente no podían ser utilizados porque se había creado una nueva imagen cuando apenas recibían la empresa con el déficit que reconoció el señor Juan Diego de más de 4.000 millones de pesos, lo cual era un riesgo enormemente alto, hecho que en su sentir, se quiere cubrir con todas las situaciones, todas las falencias, todo lo que no fue perfecto cuando se recibió la empresa, podría ser una argucia más utilizada por los vendedores, falencias o situaciones que pusieron siempre de presente de manera inmediata a los vendedores para que los reconocieran y efectivamente los vendedores lo hicieron, actitudes de las que es irrazonable pensar que las asumiría un estafador.

Resalta que todas las situaciones insolventes que venían antes de realizar el negocio fueron asumidas por los vendedores de la empresa RENÉ CHARDÓN y si faltaron algunas, esas podían entrar, como lo dijo Beatriz Pérez, en la cláusula de indemnidad. Considera la delegada del ente acusador que la falsedad en los documentos de contabilidad es el contexto para hacer la incriminación por la estafa, no obstante, advierte que muchas situaciones son precisamente las que se planteaban como argucias, cuando ninguna lo era, se trató fue de un negocio civil, que se realizó con pleno conocimiento de causa por parte de los compradores,

reiterando que, en ese intercambio de mensajes por correo electrónico, se evidencia la situación de la empresa RENÉ CHARDÓN y las inquietudes que tenía el señor Juan Diego, porque hubo dificultades desde el comienzo como él mismo lo reconoció.

Afirma que, en este caso, no se trató de que por una falta de cuidado o exceso de buena fe por parte de los compradores se hubiera presentado un dolo en los vendedores para valerse de esa situación de debilidad y “vender gato por liebre a la señora Beatriz y su cónyuge”, lo que sucede realmente es que se formula una denuncia penal para contener el proceso civil y, en ese sentido, asegura que la Corte Suprema de Justicia siempre ha sido clara, al señalar que al error lo debe preceder una ardid, un artificio, una falsa imagen en el evento del negocio que induzca al error, lo cual no ocurrió en este caso, pues debe tenerse en cuenta que en esta compraventa el negociador experto era Juan Diego Palacio, quien levantó empresas como Postobón en este país y en Europa.

Resalta que a los compradores se les ofreció el acompañamiento de Bernardo Botero y Astrid Trujillo, pero poco tiempo después de asumir la gerencia de la empresa, la señora Beatriz prescindió de ellos. Además, señala que el provecho se obtuvo, como todo negocio comercial, por una venta de una propiedad, no como consecuencia de un enriquecimiento ilícito que provenga de un delito o una estafa por haber hecho maquinaciones previas para afectar el patrimonio de las víctimas. Considera que tampoco podría hablarse de la comisión del delito de estafa o fraude procesal, menos colegir que hubo un concierto para delinquir.

Así las cosas, concluye que la Fiscalía no está en posición, como lo prevé el art. 250, sostener una acusación porque no cuenta con elementos de los que pueda inferir de manera razonable la existencia del delito ni la responsabilidad de los inculcados. Deprecia la preclusión por atipicidad absoluta de estos hechos, pues reitera, lo que se trató acá fue de un negocio civil, y las manifestaciones de los empleados indicando que los inventarios eran altos, que se pintó la empresa y que eso era una fachada para venderla, en su sentir, son especulaciones que incluso parecen irrisibles cuando se habla de una pintura de una locación de una empresa de más de 1.500 millones. Señala la delegada fiscal: *"se pegan de cualquier minucia los denunciantes, para*

tratar entonces de evadir la responsabilidad que les tocó asumir durante el proceso civil, ahora será otra en el evento de insistir que se trata de un delito". Resalta que la señora Beatriz se cuidó de indicar si conocía el correo en donde hablan del déficit con la que empezaba la empresa, aduciendo no recordarlo, pero sí rememora otros datos puntuales como cifras o fechas en que reciben, entregan o se les comunica.

Finalmente apunta que la documentación con vocación de prueba presentada por la Fiscalía y la defensa es más que fehaciente para acreditar con suficiencia incontrastable que efectivamente ningún ilícito puede ser atribuido a los aquí inculpaos.

3. DECISIÓN QUE SE REVISA

Señala el *a quo* que de acuerdo a lo establecido en la Sentencia C-920 de 2007, la Corte Constitucional había cerrado la compuerta para que se pudieran solicitar causales distintas de las objetivas durante el juzgamiento y, de sobrevenir causales, solamente sería por la 1 y la 3.

En su sentir, la Fiscal delegada equivocó el camino en la argumentación de su petición de preclusión, en la medida en que procedió a sustentar todos y cada uno de los hechos por los cuales su homóloga había presentado escrito de acusación, vía atipicidad de la conducta, sin tener en cuenta que el juzgamiento comienza, como claramente lo tiene decantado el intérprete constitucional, desde la presentación del escrito de acusación y así también lo ha entendido de manera pacífica y uniforme la Corte Suprema de Justicia. Por ello, entiende que hábilmente la defensa en 5 ocasiones refirió que más allá del error en que pudo haber incurrido la delegada de la Fiscalía, dicho yerro era de forma y no de fondo, pues la preclusión no procedía por la atipicidad sino por inexistencia de los hechos, es decir, por la causal 3ª y no la 4ª como lo fundamentó la Fiscalía.

Adujo el *a quo* que la intención del legislador era que en la etapa del juicio para la preclusión solo pudieran invocarse las causales objetivas (art. 332 numerales 1º y 3º del C.P.P) y no aquellas que se deben probar en el juicio cuando ya ha comenzado

la etapa de juzgamiento, como efectivamente comenzó en este caso con la presentación del escrito de acusación.

Por lo anterior, arguye que lo argumentado por la defensa, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados son propios de una estrategia defensiva en el marco de la audiencia de juicio oral, pues la tesis de que se hizo un negocio y 4 años después de haberse finiquitado, bajo el entendido de que fueron demandados por los vendedores y como retaliación procedieron a denunciarlos, es una argumentación propia de un alegato de conclusión.

Concluye que los hechos que dieron origen a la investigación, denuncia y escrito de acusación, sí existieron como entidad fenomenológica; ahora bien, determinar si constituyen o no un delito, ello sería materia de prueba y valoración, en consecuencia, no encuentra acreditada la causal alegada por la defensa para precluir la investigación (numeral 3ª, inexistencia del hecho investigado); tampoco se encuentran los presupuestos claros para la configuración de la causal incoada por la Fiscalía (numeral 4ª, atipicidad del hecho investigado).

4. LA IMPUGNACIÓN Y SUS ARGUMENTOS

4.1. La delegada de la Fiscalía discrepa de la decisión del juez de no precluir esta indagación, indicando que la oportunidad procesal para presentar como causal de preclusión la atipicidad del comportamiento, efectivamente se daba en este evento, pues de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia y la Constitucional, han indicado que la acusación se entiende como un acto complejo.

Asegura que no se trata de inexistencia del hecho, sino de atipicidad del mismo, por eso lo planteado es una causal subjetiva y acudiendo nuevamente al artículo 331 y realizando también una interpretación de la norma en favor de los inculcados, entendiéndose que la oportunidad procesal para presentar la preclusión por aspectos subjetivos, bajo el criterio de la acusación como acto complejo, sería antes de su formulación. Señala que es con la formulación que se perfecciona la acusación, pues

en dicha diligencia es que se consignan en concreto las bases de la acusación, se pueden hacer modificaciones, adiciones a más del saneamiento del proceso, incluso es facultad de la Fiscalía, tras la presentación del escrito de acusación, el seguir adelantando investigaciones.

Por lo expuesto, solicita al *ad quem* revisar la posibilidad de aplicar en este caso una excepción de inconstitucionalidad, puesto que la lectura que se da a las normas que rigen las preclusiones y sobre todo el tema de la obligatoriedad de acusar cuando no exista mérito para ello, son puntos que pueden ser revisados oficiosamente por el juez *a quo* cuando va adoptar la decisión, en aras de la efectividad del sistema y la razonabilidad de las decisiones judiciales.

Finalmente, solicita que se revoque la decisión adoptada por el señor Juez 15 Penal del Circuito y se emita una decisión de preclusión en favor de los inculcados.

4.2. La defensa, como sujeto procesal recurrente, se opone a la no preclusión de la investigación deprecada por la delegada fiscal, al considerar la acusación como un acto complejo y solo cuando se realiza la audiencia es que se da inicio a la fase del juzgamiento. Bajo ese precepto considera que le asiste razón a la Fiscalía y se encuentra en la etapa procesal oportuna para solicitar la preclusión por atipicidad de la conducta; no obstante, según lo analizado por el juez, en este caso la etapa de juzgamiento inició con la presentación del escrito de acusación, imponiéndose dar aplicación al parágrafo único del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 el cual indica que en la etapa de juzgamiento sólo se pueden invocar, bien por la Fiscalía o por el Ministerio público o por la propia defensa, una de dos causales de atipicidad, esto es, imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, o la inexistencia de la conducta.

Por lo anterior, considera que le asiste razón a la Fiscalía y es éste el momento procesal oportuno para solicitar la preclusión por atipicidad de la conducta; sin embargo, en gracia de discusión, en el evento en que la señora fiscal no tenga la razón y se trate de un problema de inexistencia de la conducta, vale aplicar la tendencia actual, la cual se dirige a que no sólo con relación a la causal alegada se

puede decretar la preclusión, sino que también es válido hacerla por otra, cuando sus componentes estructurales y de los elementos materiales probatorios y evidencia física, ésta pueda deducirse (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Rad. 34919 de noviembre 17 de 2010).

Considera la defensa que en ninguno de los hechos imputados se produce el evento objetivo o externo que dé lugar a la materialidad de algún delito, toda vez que si en el enriquecimiento ilícito se sanciona la obtención de un incremento patrimonial, en este caso no hubo tal, como tampoco hubo falsedad documental, pues quedó plenamente establecido que no había ningún documento falso en el supuesto fraude procesal en punto a la presentación en términos de ley de un proceso civil que se surte sobre la base de un pagaré y menos se configura el concierto para delinquir, refiriendo que no es un tema subjetivo que sea objeto de argumentación.

Propone que en las 5 tesis delictivas es clara la inexistencia del comportamiento y, por ende, debió accederse la preclusión de la investigación; bien sea aceptando el supuesto de la atipicidad presentada por la señora fiscal en el tiempo procesal o bien por la inexistencia del hecho que puede deprecarse en cualquier etapa del proceso.

Representante de víctimas como no recurrente: manifiesta encontrarse conforme con la decisión planteada por el juez de conocimiento al no conceder la preclusión petitionada por la delegada fiscal, pues considera que la misma fue ajustada a derecho. Solicita que no se tengan en cuenta los argumentos expuestos por la apelante y la defensa y se continúe con el trámite del proceso de conformidad con la Ley 906 del 2004 y que se materializa con la acusación, preparatoria y el debate probatorio en un juicio oral y público.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Le asiste competencia a esta Sala de decisión para abordar el tema sometido a su consideración a voces del artículo 34 numeral 1º de la ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los jueces del circuito.

Se destaca que la fiscal que presentó la petición de preclusión tiene competencia para investigar y eventualmente acusar, como se concluye de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Carta Superior y 34 de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el artículo 250 superior prescribe que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En ejercicio de dicha atribución podrá solicitar ante al juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones o de las indagaciones, en los eventos previstos en la ley y cuando no hubiere mérito para acusar.

Este instituto reglamentado en la Ley 906 de 2004, artículos 331 al 335, permite que, de no existir mérito para acusar, pueda el fiscal pedir al juez de conocimiento la preclusión, por cualquiera de las siguientes causales previstas en el art. 332:

- 1.-Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;*
- 2.-Existencia de un motivo que excluya la responsabilidad,*
- 3.-inexistencia del hecho investigado;*
- 4.-Atipicidad de la conducta;*
- 5.-Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;*
- 6.-Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia;*
- 7.-Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.*

De sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3 del precitado artículo durante el juzgamiento, también puede ser solicitada la preclusión por el fiscal, Ministerio Público o la defensa.

También se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez establecida la concurrencia de las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo

77 del Estatuto Procesal Penal, como son: *muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.*

Se entiende entonces que existe una subordinación en el ejercicio de la función jurisdiccional que ejercitan los jueces de la República. Así, es incuestionable que la Fiscalía General es la titular de la pretensión punitiva y posee la autonomía hasta cierto punto (discrecionalidad reglada) en el poder-deber de investigar los delitos y acusar a los infractores de la ley penal. Pero tratándose del ejercicio de una pretensión de preclusión, que como sabemos entraña una consecuencia tan trascendental como la cosa juzgada, tal independencia de alguna forma cede ante el juez que debe examinar la acreditación de la correspondiente causal que se invoca y esto significa el estudio pleno de la actividad investigativa desplegada.

Ahora bien, para el caso concreto, la Fiscalía consideró que no se había iniciado la etapa de juzgamiento porque, aunque ya había presentado el escrito de acusación, ésta aún no se había formulado oralmente; en consecuencia, podía solicitar la preclusión por la causal 4ª del artículo 332 del C.P.P., atipicidad del hecho investigado, dirigiendo toda su argumentación a la acreditación de dicha causal; posición que no compartió el *a quo*, quien consideró que con la radicación del escrito de acusación se da inicio al juzgamiento y la atipicidad del hecho no es una causal de preclusión que pueda alegarse en esa etapa del proceso; así mismo, señaló que la causal deprecada por la defensa, esta es inexistencia del hecho investigado, tampoco está acreditada, pues en su sentir, los hechos, como entidad fenomenológica, sí ocurrieron, lo que habría que establecer en el juicio es si configuran o no delito.

Sea lo primero aclarar que, contrario a lo expuesto por el juez *a quo*, en punto al inicio del juzgamiento, esta Sala de Decisión considera que la acusación es un acto complejo que se perfecciona con la respectiva formulación oral en audiencia pública. Respecto de este tema, para mayor ilustración cabe citar lo que al respecto la Sala que preside el Magistrado Santiago Apráez Villota, integrante también de esta, ha señalado:

*"El punto álgido, entonces, estriba en determinar **desde qué momento se entiende que se ha dado inicio a la etapa de juzgamiento** y, en particular, si ello ocurre con la presentación del escrito de acusación.*

(...)

Ello porque la figura de la preclusión debe leerse en clave del sistema procesal penal adoptado en la Ley 906 de 2004 en el cual la oralidad adquiere una especial connotación, por manera que se entiende que es la verbalización del escrito el acto con el que se cierra la etapa de investigación y se inicia la del juzgamiento.

Así lo considera la Sala por dos motivos: el primero es que aun presentado el escrito la fiscalía puede seguir recaudando elementos materiales probatorios que (sin ninguna carga adicional como ocurre con las pruebas sobreviniente o de refutación) pueden ser presentadas en juicio, lo que demuestra que hasta la audiencia no ha finalizado la investigación; y, el segundo es que la fiscalía puede retirar el escrito de acusación, actuación que le permitiría solicitar posteriormente la preclusión.

La importancia de ello no es de poca monta pues, como se dijo, la figura preclusiva inmersa en la Ley 906 de 2004 debe ser interpretada acorde a los principios que la orientan, entre estos los de eficacia, celeridad y economía procesal, los cuales indican que no es necesario retirar el escrito para finalmente solicitar la preclusión, cuando tal trámite puede omitirse mediante una solicitud de preclusión.

Y a esos principios se suman los de presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y, en este caso en concreto, la libertad, los cuales, ante dos interpretaciones posibles (una que señala que el juzgamiento inicia con el escrito de acusación y otra que indica que es con la audiencia) inclinan la balanza hacia esta última posibilidad, pues ello permitiría que en casos como este se restablezcan tan valiosas garantías.

Esas razones permiten considerar a la Sala que dentro del engranaje procesal de la Ley 906 de 2004, debe entenderse que la presentación del escrito de acusación no proscribire la posibilidad de solicitar la preclusión por causales diversas a la 1 y 3 del artículo 332 del código de procedimiento penal, pues es la audiencia de acusación con la que se da trámite al juzgamiento."

Entonces, bajo el entendido que la presentación del escrito de acusación no obsta para que pueda deprecarse la preclusión por causales diversas a las contenidas en el parágrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, procederá la Sala a establecer si se configura o no la causal alegada por la delegada de la Fiscalía, esto es la atipicidad del hecho investigado.

La causal preclusiva que se invoca es la 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, "*atipicidad de la conducta investigada*", y como quiera que aquí se ha hablado de varias conductas delictivas que pudieran dar lugar a un concurso de estafa, fraude procesal, falsedad en documento privado, concierto para delinquir y enriquecimiento

ilícito, se debe entonces entrar a examinar si se cumplen o no los elementos objetivos y subjetivos de cada tipo penal.

Vale recordar que la Fiscalía formuló imputación y presentó escrito de acusación en contra de los señores John Jaime Restrepo Builes, Bernardo Antonio Botero Rengifo, Astrid Eugenia Trujillo Restrepo, Marta Elena Henao Zapata y Yamile Arleny Garzón Zapata, bajo la convicción de que habían participado en la venta de la empresa RCH COSMÉTICA o RENÉ CHARDÓN a los señores Beatriz Pérez y Juan Diego Palacio, mediante artificios, engaños, inducción en error en relación a los estados financieros de la empresa, pues según lo narrado por las víctimas, testigos técnicos y peritos en entrevistas rendidas, la empresa fue vendida con la idea de que se encontraba en punto de equilibrio; sin embargo, cuando los compradores asumieron la gerencia de la misma empezaron a encontrar una serie de falencias e inconsistencias tanto contablemente como en el desarrollo de la actividad comercial, que al parecer fueron ocultadas por los vendedores durante todo el proceso de negociación, pues según la información rendida por la revisora fiscal contratada por las víctimas para adelantar el proceso de liquidación, Marta Lucía Ceballos Noreña, las cifras de balances entregadas por los vendedores no coincidían con la realidad, los resultados de las operaciones fueron alterados y manipulados para no evidenciar las grandes pérdidas originadas en cada ejercicio contable, en conclusión, la empresa debió haber sido liquidada hacía mucho tiempo.

Surgieron muchos inconvenientes con la empresa RCH COSMÉTICA luego de que la pareja Palacio Pérez asumiera la gerencia, muchos de ellos fueron resueltos a través de la cláusula de indemnidad pactada en el contrato de compraventa, según la cual, en caso de materializarse contingencias que no estuvieran reflejadas en los estados financieros, serían asumidos por los vendedores siempre y cuando fueran notificadas de forma inmediata para dar trámite a la situación. No obstante, algunas de ellas no pudieron resolverse de esa manera pues según la víctima Juan Diego Palacio, intentó comunicación con John Jaime Restrepo Builes durante un año, pero no fue posible; luego, en el año 2012, el Seguro Social embargó todas las cuentas de la empresa, situación que llevó a su liquidación en el año 2013, y en el mes de agosto de esa misma anualidad, el señor John Jaime Restrepo Builes presentó demanda civil en

contra de la pareja Palacio Pérez por no cancelar en su totalidad las obligaciones derivadas del contrato suscrito en noviembre de 2010, lo cual conllevó al embargo de su casa y apartamento; posteriormente, la pareja Palacio Pérez formuló denuncia ante la Fiscalía por la presunta comisión del delito de estafa y otros.

Ahora bien, en el interregno de la presentación del escrito de acusación y la programación de la respectiva audiencia para su formulación, la Fiscalía obtuvo información a través de la defensa, concretamente mensajes de correo electrónico intercambiados entre víctimas e imputados, que dejan entrever el conocimiento que tenía Juan Diego Palacio de los estados financieros reales de la empresa, pues en uno de ellos alude haber recibido la empresa con un déficit de más de 4.000 millones de pesos, lo cual, en criterio del ente acusador, desdice por completo la inducción en error y la tipicidad de los hechos, enmarcándose más bien en un conflicto derivado de un negocio que bien puede ser resuelto a través de la jurisdicción civil.

Considera entonces necesario la Sala referirse a los elementos estructurales del tipo penal de **estafa**, definido legalmente en el artículo 246 del C.P. que consagra:

"El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificio o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios legales mensuales vigentes. (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005). (Ver ley 1474 de 2011, artículo 33)."

Sobre el bien jurídico protegido con el delito de estafa, siguiendo a un sector de la doctrina patria, podemos afirmar que se trata de:

"(...) una universalidad de relaciones del tráfico con significado patrimonial económico, abarcadas por el Derecho, en orden a satisfacer expectativas

patrimoniales particulares, en el ámbito de un desarrollo justo de las relaciones económicas enmarcadas dentro del interés general de la sociedad.

(...) Ello incorpora entonces al concepto de bien jurídico una gama amplia tanto de cosas corporales como incorporales según la definición de la ley civil (arts. 669 y 670 del C.C.), como también una relación especial de propiedad llamada nula propiedad. Pero además una serie de elementos patrimoniales, como las garantías y prendas accesorias de una obligación principal –independientemente de la obligación a la cual acceden-, y aun el uso de medios no debidos para obtener ventajas patrimoniales en cuanto mengüen un patrimonio ajeno. Mejor sería decir relaciones de derecho que cubren expectativas de satisfacción económica, que, dada la conducta típica, devienen en frustradas o fallidas en razón del alcance prohibitivo del tipo...²

Para una mejor comprensión del tema, esto es el bien jurídico protegido por la norma, resultan ilustrativas las siguientes reflexiones doctrinarias:

"(...) el bien jurídico comprende en rigor relaciones de derecho que ofrecen expectativas de satisfacción de orden económico patrimonial a un sujeto que es el titular de las mismas... Así, es preferible la definición del bien jurídico como una universalidad de relaciones del tráfico con significado patrimonial económico, abarcadas por el Derecho, en orden a satisfacer expectativas patrimoniales particulares, en el ámbito de un desarrollo justo de las relaciones económicas enmarcadas dentro del interés general de la sociedad.... Ámbito en el cual no resulta permitido el abuso respecto del dominio, la posesión o la tenencia tanto de bienes materiales como de derechos no reales y su significado, y aun la prohibición de realizar operaciones de alcance económico tendientes a obtener ventajas económica por medios no permitidos en el mundo del tráfico de las relaciones económica-sociales."³

En cuanto al modo y el alcance de la estafa, el mismo doctrinante señala:

"No existe un delito contra el patrimonio estructurado únicamente sobre la base del efecto patrimonial, o perjuicio patrimonial mismo, en el sentido de su disminución o afectación, pues ello es característico de muchas actividades lícitas, o al menos no punibles penalmente... se puede concluir que los delitos patrimoniales, como la estafa, están configurados, en la mayoría de los casos, sobre la base del modo o los medios como se produce dicha lesión al patrimonio ajeno, y por los cuales se obtiene una ventaja del patrimonio el estafador o de un tercero, siempre que pongan en peligro o lesionen un patrimonio ajeno."⁴

Como elementos esenciales al tipo en estudio tenemos: "(i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por

² MANUEL CORREDOR PARDO, El delito de Estafa, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2011, pag. 262.

³ Obíd. pag. 357, 361.

⁴ Obíd. pag. 362

*virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo.”⁵ Elementos que deben desarrollarse en estricto orden lógico, *antecedente consecuente*, sin que exista la posibilidad de supresión o intercambio, siguiente el orden descrito: error y acto dispositivo como antecedentes necesarios del perjuicio y del provecho ilícito.*

Ahora bien, como característica fundamental de esa ilicitud se ha dicho: “...*aunque viciado por el error, se verifica un acto voluntario de disposición de un bien del patrimonio de la víctima, el delito puede versar tanto sobre la relación de posesión que se traslada mediante la entrega como sobre el derecho de dominio mismo transferido por un acto jurídico que transmita tal derecho (título y modo), y aún sobre una expectativa cierta de derecho integrante de un patrimonio, lo cual marca una diferencia sustancial respecto del hurto. En este delito de estafa en particular, la característica fundamental es la del modo engañoso que vicia por error el conocimiento sobre el alcance económico del negocio jurídico, y por ello se lo considera agresión intolerable del bien jurídico en las relaciones patrimoniales del tráfico.*”⁶

Como lo enseñan las glosas transcritas, es claro que la configuración de la conducta punible de estafa requiere que se produzca un acto de disposición sobre uno o varios bienes integrantes del patrimonio del perjudicado y que dicha actuación se origine en el error inducido por el sujeto activo quien debe obtener un provecho ilícito para sí o para un tercero.

En el *sub lite*, se observa que el plenario da cuenta de varios hechos que demuestran que efectivamente los señores Juan Diego Palacio y Beatriz Pérez realizaron un negocio de compraventa de la empresa RENÉ CHARDÓN por cuantía que asciende a los 4.099 millones de pesos con el señor John Jaime Restrepo Builes, quien sabía

⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Proceso Nro. 24.729 del 8 de junio de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla.

⁶ MANUEL CORREDOR PARDO, El delito de Estafa, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2011, pag. 362, 363.

que la empresa no era viable financieramente y presuntamente mediante artificios y engaños indujo y mantuvo en error a la pareja Palacio Pérez para que procedieran a su compra como si fuera una empresa próspera, para el efecto dio órdenes a sus subalternos para que hicieran las modificaciones o maquillaje de cifras que fueran necesarios en libros contables y balances. Así mismo, los señores Bernardo Antonio Botero Rengifo (Gerente de Tecnoal y RCH COSMÉTICA), Astrid Eugenia Trujillo Restrepo (Administradora de Tecnoal y RCH COSMÉTICA), Marta Elena Henao Zapata (revisora fiscal) y Yamile Arleny Garzón Zapata (contadora), todos ellos empleados del señor John Jaime Restrepo Builes fueron quienes al parecer mantuvieron en error a los compradores, durante la etapa de negociación y tiempo después de que se perfeccionara la compra en el proceso de empalme y acompañamiento a la pareja Palacio Pérez, hasta que la víctima Beatriz Pérez se percató de que Astrid Trujillo estuvo haciendo pagos y transacciones sin su consentimiento y optó por prescindir de la supuesta ayuda que los empleados de John Jaime Restrepo Builes le estuvieron prestando durante varios meses.

Como se viene sosteniendo, para que se estructure el tipo penal de estafa es necesario que el sujeto activo utilice ardides, artimañas, trampas u artificios idóneos para crear en las víctimas una equivocada apreciación de la realidad económica del negocio jurídico que realizan. Ahora bien, teniendo en cuenta los correos electrónicos que presuntamente fueron enviados por Juan Diego Palacio a Bernardo Botero, destacándose por ejemplo aquel en el cual el comprador reconoce haber recibido la empresa con un déficit considerable (aproximadamente 4.500 millones de pesos), en criterio de la Sala, ese solo hecho, ese mensaje, no descarta de plano la existencia de la conducta punible de estafa ni deviene en una conducta atípica, pues los balances y proyecciones de ventas suministradas por los vendedores, bien pudieron brindarle una expectativa de recuperación financiera y son precisamente esas cifras las que probablemente fueron adulteradas y maquilladas para mostrar una empresa prospera. Además, la señora Beatriz en su entrevista manifestó desconocer el contenido de dichos mensajes y en ese orden de ideas habrá que determinar la veracidad de dichos documentos electrónicos, máxime cuando durante la investigación el señor Juan Diego Palacio falleció.

En lo que respecta al delito de **falsedad en documento privado**, descrito en el artículo 289 en los siguientes términos: “*El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de (...)*”. Existen varios tipos de falsedad y al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

"En cuanto a las modalidades de los distintos tipos de falsedad, incluida la que recae en documento privado, se distingue entre «la material, por creación integral del documento o por alteración de uno ya existente; y la ideológica, histórica o intelectual, por incorporación en el documento de datos que no corresponden a la verdad, por ejemplo, en general, cuando se falta a la verdad en la narración de los hechos que son plasmados o vertidos en el objeto material».”⁷

De cara a los hechos narrados por la Fiscalía y los elementos materiales probatorios que soportan la petición de preclusión, presuntamente el señor John Jaime Restrepo Builes, como propietario de RCH COSMETICA, con el fin de ejecutar su venta, dio la orden a sus empleados, gerente, administradora, contadora y revisora fiscal, de alterar las cifras de los balances mostrando una empresa en punto de equilibrio. Presumiendo la veracidad y legalidad de dichos balances fue que Juan Diego Palacio hizo un estudio que lo convenció de invertir todo su capital, todos sus ahorros en la compra de la citada empresa. Posteriormente, cuando reemplazaron la revisoría fiscal, la contadora Marta Lucía Ceballos Noreña señaló en su entrevista que la empresa tenía un deterioro financiero gravísimo del cual no se podía salvar y cuando indagó las causas de dicho deterioro, encontró que había comprado la compañía con unas cifras de balances desvirtuadas porque no coincidían con la realidad, no tenían los activos, no tenían el valor que se indicaba; en consecuencia sugirió que se iniciara el proceso de reclamación, a lo cual la señora Beatriz Pérez le dijo que estaban tratando de resolver amigablemente y no a través de estrados judiciales.

Así las cosas, ante las afirmaciones realizadas por la revisora fiscal contratada por los compradores para efectos de la liquidación de la empresa, esto es que hay unas cifras de balances que no son ciertas porque no coincidían con la realidad y a dicha conclusión arribó luego de hacer una investigación basada en la información contable que reposaba en la empresa y que, según lo expresado en su entrevista, hubo varios o muchos detalles que daban cuenta de la alteración de los estados

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 2240716 de marzo de 2005.

financieros. Mientras que la defensa, por su parte, alega que los anteriores propietarios de RCH COSMÉTICA tenían sus libros empastados en orden y los datos aludidos por la revisora fiscal eran de balances de prueba que son los que se hacen antes del balance general para los estados financieros; resulta necesario establecer en juicio cuáles fueron los documentos entregados a la víctima para su estudio en la etapa precontractual (estados financieros o balances de prueba) y si se produjo o no tal falsedad ideológica en los datos allí consignados, pues ambas partes anuncian elementos materiales con vocación de prueba que soportan su posición, es por ello que los mismos deben ser solicitados como prueba susceptible de una debida valoración.

Ahora bien, en lo que respecta al ***fraude procesal***, delito que fue enrostrado únicamente al señor *JOHN JAIME RESTREPO BUILES*, la Sala inicialmente hará unas precisiones sobre el delito contra la administración de justicia a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, ilicitud que se encuentra descrita en el artículo 453 del Código Penal, modificado por la Ley 890/04, artículo 11, que reprocha la conducta de quien por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Dicho modelo típico contiene los siguientes elementos estructurales: (i) el uso de un medio fraudulento; (ii) la inducción en error a un servidor público a través de ese medio; (iii) el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; y, (iv) el medio debe tener capacidad para inducir en error al servidor público.

Sobre este delito ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia⁸:

"El propósito buscado por el sujeto activo es cambiar, alterar o variar la verdad ontológica con el fin de acreditar ante el proceso que adelante el servidor público una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad judicial o administrativa.

Para que se configure esa conducta punible es preciso que exista una actuación judicial o administrativa en la que deba resolverse un asunto jurídico, y que, por ende, sea adelantada por las autoridades judiciales o administrativas. Incurrir en ella el sujeto -no calificado- que por cualquier medio fraudulento induzca en error al

⁸ CSJ SP. Sentencia del 18 jun. 2008, Rad. 28562.

servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Si bien no se exige que se produzca el resultado perseguido, se entiende consumado cuando el agente, de manera fraudulenta, induce en error al servidor. Pero perdura mientras se mantiene el estado de ilicitud y aun con posterioridad si se requiere de pasos finales para su cumplimiento.”

Analizando en detalle si en el *sub judice* se dan los requisitos del delito de fraude procesal arriba enunciado, tampoco es posible arribar a una conclusión negativa como lo pretenden la Fiscalía y defensa, quienes consideran que no se indujo en error al juez mediante la presentación de la demanda civil por John Jaime Restrepo Builes en contra de Juan Diego Palacio y Beatriz Pérez, y no es posible porque según lo dicho por las víctimas el pagaré fue llenado sin acatar la carta de instrucciones firmada por los deudores, consignando una suma de dinero superior a la autorizada, situación que debe ser objeto de debate en el juicio pues con dicho título valor se logró el embargo y secuestro de los bienes de las víctimas.

Acerca de la conducta de **enriquecimiento ilícito**, fue endilgada únicamente al señor *John Jaime Restrepo Builes* y se encuentra consagrada en el artículo 327 del C.P., tiene el siguiente presupuesto fáctico:

"ART. 327.- Enriquecimiento ilícito de particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta en prisión (...)"

Para la Corte Suprema de Justicia (SP9235-2014 Rad. 41800) *esa definición legal puede descomponerse en los siguientes elementos descriptivos, normativos y subjetivos:*

1. La obtención de un incremento patrimonial de manera directa o por interpuesta personal.
2. El incremento patrimonial es injustificado y debe provenir de actividades delictivas.
3. El agente debe saber que incrementó su patrimonio o el de un tercero, y que ese beneficio, querido por demás, proviene de actividades ilícitas.

Pese a que la defensa hizo un análisis extensivo a los demás procesados, la referida conducta delictiva fue endilgada únicamente al señor John Jaime Restrepo Builes, cuya evolución patrimonial, según el concepto emitido por un contador contratado precisamente por la defensa, concluyó que en ésta no se encuentra un incremento que no esté debidamente justificado desde el punto de vista contable y tributario, incluyendo el incremento patrimonial que refirió en el escrito de acusación la Fiscalía correspondiente al lapso del año 2009 a 2010. Encuentra la Sala que los hechos se adecuan típicamente en el enriquecimiento ilícito, pues lo cierto es que hubo un incremento patrimonial que la Fiscalía atribuyó en un principio al cobro de un pagaré llenado indebidamente por RESTREPO BUILES por una suma de dinero que superaba la autorizada, del cual obtuvo un provecho ilícito cuando se acogieron sus pretensiones en el proceso civil que inició en contra de los aquí afectados.

Acerca de la presunta comisión del delito de ***concierto para delinquir*** imputado a Bernardo Antonio Botero Rengifo, Astrid Eugenia Trujillo Restrepo, Marta Elena Henao Zapata, Yamile Arleny Garzón Zapata y John Jaime Restrepo Builes, éste en calidad de jefe de la organización, señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de julio de 2009, radicado No. 27.852:

"El delito de concierto para delinquir se estructura cuando varias personas se asocian con el fin de cometer ilícitos, bien de carácter homogéneo, en cuyo caso los asociados se unen para perpetrar un determinado tipo de ilícitos, verbigracia, únicamente homicidios, únicamente hurtos o únicamente tráfico de narcóticos; o de carácter heterogéneo, cuando el acuerdo tiene por objeto ejecutar cualquier tipo de delitos, sin importar su naturaleza.

Condición esencial para la configuración de esta especie delictiva es, por tanto, la creación de una asociación u organización para violar la ley penal, estructura que presupone, a su vez, la confluencia de varios elementos, (i) un número plural de personas, (ii) un acuerdo de voluntades que convoque a los asociados alrededor del mismo fin, y (iii) la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia.

Estas particularidades de la conducta típica han hecho que la doctrina y la jurisprudencia definan el concierto para delinquir como un delito de sujeto activo plural, de carácter autónomo y conducta permanente, en virtud de que, (i) sólo puede ser realizada por un número plural de personas, (ii) se consuma por el sólo hecho de la pertenencia a la organización, con independencia de los delitos cometidos en desarrollo de su objetivo, y (iii) existe mientras perdure el pacto.⁹

⁹ Cfr. C.S. J. Única instancia 17089, 25 de junio de 2002. Casación 19712, septiembre 23 de 2003. Extradición 22626, junio 22 de 2005. Casación 28362, julio 15 de 2008, entre otras.

La pertenencia a la organización define la tipicidad de la conducta. Basta probar que la persona pertenece o perteneció a la agrupación criminal para que la acción delictiva pueda serle imputada, sin que importe, para estos concretos fines, si su incorporación se realizó a partir de la creación de la sociedad criminal, o desde un momento posterior, ni el rol que haya desempeñado o podido desempeñar en el cumplimiento de sus designios criminales.”.

Como se pone de presente por la Corte Suprema de Justicia, el delito de concierto para delinquir consiste en la concertación de varias personas para cometer delitos a diferencia de la coparticipación criminal que supone la intervención para la comisión de uno o varios delitos en concreto, por lo cual aquel comportamiento se agota con la simple intención delictiva, conocido en la doctrina como de mera conducta, lo cual conlleva a que los partícipes en el punible de concierto para delinquir sean sancionados por el solo hecho de participar en la asociación criminal.

Para el caso concreto, en criterio de la Sala, es claro que los imputados hicieron parte del negocio realizado entre John Jaime Restrepo Builes y la pareja Palacio Pérez, cumpliendo cada uno de ellos un rol específico y determinante en la ejecución del plan ideado; ahora, de los elementos materiales probatorios recaudados no es posible establecer que esa asociación tuviera como fin cometer ilícitos en el tiempo con vocación de permanencia, todo indica que la finalidad de la organización era únicamente llevar a cabo la negociación de la empresa RENE CHARDÓN, configurándose así en una circunstancia de agravación por la coparticipación criminal. Así las cosas, al no cumplirse con uno de los elementos básicos del delito en comento, esto es la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia, la conducta se torna atípica y hay lugar a decretar la preclusión del delito de concierto para delinquir por la causal 4ª del artículo 332 *ibídem*. En consecuencia, se debe modificar la decisión recurrida y, en su lugar, decretar la preclusión por el delito de concierto para delinquir a favor de Bernardo Antonio Botero Rengifo, Astrid Eugenia Trujillo Restrepo, Marta Elena Henao Zapata, Yamile Arleny Garzón Zapata y John Jaime Restrepo Builes.

En conclusión, advierte la Sala que el ente acusador desplegó actividades investigativas con la finalidad de encontrar elementos materiales probatorios y evidencia física fehacientes que le permitieran formular una pretensión acusatoria,

de ello dan cuenta las múltiples entrevistas recibidas a las víctimas y sus empleados, así como las opiniones de base pericial obtenidas durante la fase de investigación, al punto de haber presentado un escrito de acusación que, antes de su formulación, varió por una solicitud de preclusión, cuyo argumento principal radica en información allegada por la defensa que indica el presunto conocimiento del señor Juan Diego Palacio de los estados financieros reales de la empresa RENÉ CHARDÓN, lo cual daría al traste con la tipicidad de la conducta que, se itera, en sentir de la Fiscalía se enmarca en un negocio civil, y como el derecho penal es la *última ratio*, el conflicto debe ser ventilado ante la jurisdicción civil.

Si bien es cierto que el caso que nos ocupa surge de un conflicto al interior de un negocio civil, el negocio trascendió a la esfera del derecho penal teniendo en cuenta que, al parecer los vendedores para su consecución, incurrieron en varias conductas constitutivas de delitos. En criterio de la Sala, tal como lo señalara el representante de víctimas cuando se le corrió traslado de la solicitud de preclusión, la Fiscalía en este caso dirigió su argumentación a refutar, a través de entrevistas e información allegada por la defensa, cada uno de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos a los imputados, sin acreditar en debida forma la atipicidad de los mismos, como causal de preclusión, a excepción del delito de concierto para delinquir del cual si se acreditó la causal en mención.

Vale aclarar que, conforme al análisis realizado, del cual se concluye que no se encuentra acreditada en debida forma la causal de preclusión de atipicidad deprecada por la Fiscalía, para los delitos de estafa, falsedad en documento privado, fraude procesal y enriquecimiento ilícito, luego de considerar que los hechos jurídicamente relevantes sí se enmarcan en la presunta comisión de las conductas punibles que fueron imputadas, se descarta de plano la pretensión complementaria realizada por la defensa, esto es que se decrete la preclusión por la causal 3ª (inexistencia del hecho investigado), pues de los componentes estructurales, elementos materiales probatorios y evidencia física, tampoco es posible determinarlo, se itera, en criterio de la Sala los hechos sí ocurrieron y encuadran en los tipos penales imputados; lo que puede advertirse en este caso, es que existen elementos materiales probatorios, evidencia física y entrevistas que deben ser

sometidos a contradicción, requiriéndose un análisis probatorio y una demostración principal y eminentemente técnica, a fin de establecer cuál presta mayor credibilidad o menor credibilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en aras de ser consecuentes con lo expresado, encuentra esta colegiatura que aún no se ha desvirtuado por parte del ente perseguidor esa *"inexistencia de mérito para acusar"*, ya que con los EM.P., E.F. e I.L.O. que se aportaron a la solicitud de preclusión existen indicios que pueden conducir a la responsabilidad penal de los imputados Bernardo Antonio Botero Rengifo, Astrid Eugenia Trujillo Restrepo, Marta Elena Henao Zapata, Yamile Arleny Garzón Zapata y John Jaime Restrepo Builes respecto de la estafa, falsedad en documento privado, fraude procesal y enriquecimiento ilícito, del que fueran víctimas Juan Diego Palacio (q.e.p.d.) y su cónyuge Beatriz Pérez.

Sin necesidad de hacer mayores elucubraciones, bajo el escenario descrito, en criterio de esta Sala no queda otro camino diferente al de modificar la decisión adoptada por el juez de primera instancia, en el sentido que solo se decretará la preclusión por el delito de concierto para delinquir a favor de todos los imputados, por los demás delitos deberá continuarse con el trámite del proceso penal, imprimiéndosele la celeridad que este requiere.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la decisión de origen y fecha indicados por medio de la cual el Juez Quince Penal del Circuito de Medellín, negó la petición de preclusión realizada por la Fiscalía por los delitos de estafa, falsedad en documento privado, fraude procesal y enriquecimiento ilícito, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. **SEGUNDO: MODIFICA LA DECISIÓN RECURRIDA Y EN SU LUGAR SE DECRETA LA PRECLUSIÓN** del delito de concierto para delinquir con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 del C.P.P. a favor de Bernardo Antonio Botero Rengifo, Astrid Eugenia Trujillo Restrepo, Marta Elena Henao Zapata, Yamile Arleny Garzón Zapata y John Jaime Restrepo Builes, según lo razonado en las consideraciones. **TERCERO:** Así fue discutida y aprobada en Sala por los



Magistrados que la integran, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

FROILÁN SANABRIA NARANJO
Magistrado