



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 071

(Sesión del 7 de julio de 2022)

Radicado: 05-266-60-00203-2014-90247
Procesado: Gustavo Palacio López
Delitos: Estafa agravada
Asunto: Fiscalía General de la Nación apela sentencia absolutoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 12 de julio de 2022

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO.

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró la delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia del 5 de abril de 2021, por medio de la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, absolvió a Gustavo Palacio López del delito de Estafa Agravada por el que fue acusado.

2. HECHOS.

Según la Fiscalía General de la Nación, durante los años 2002 a 2012 respecto de la señora Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y 2003 a 2012 respecto de la señora Luz Helena Restrepo Sierra, el señor Gustavo Palacio López las indujo en error pues valiéndose de su condición de comisionista de bolsa, de que llevaba en el mercado bursátil muchos años, de que había sido el asesor en temas de inversiones de los padres de ambas señoras, y de que laboraba para una de las empresas comisionistas de bolsa más grandes del país

(Corredores Asociados/Inversionistas de Colombia/InterBolsa), logró que ambas le entregaran su dinero para que fuera invertido en moneda nacional y extranjera –respecto de la señora Nelly de las Mercedes- y extranjera - respecto de la señora Luz Helena-, cuando según afirmó el Ente Acusador su intención siempre fue apoderarse de los recursos entregados por sus clientes.

Se indica que en el año 2007 InterBolsa absorbió a Inversionistas de Colombia, operación en virtud de la cual la primera adquirió todos los activos, negocios y clientes que eran de la segunda, por ende, el acusado pasó de trabajar en Inversionistas de Colombia a InterBolsa y, así mismo sus clientas, las señoras Tobón Gómez y Restrepo Sierra pasaron de tener sus inversiones en Inversionistas de Colombia a tenerlas en InterBolsa.

Frente a la señora Nelly de las Mercedes Tobón Gómez, se indicó por la Fiscalía General de la Nación que le entregó a Gustavo Palacio López entre el 2002 al 2012 una suma superior a los 1900 millones de pesos para que se realizaran inversiones a nivel nacional y también en el extranjero; indicándose que esta tenía, en efecto, inversiones muy considerables en muchas de las empresas más importantes del País. Recursos e inversiones que según indicó el Ente Acusador, eran manejados con total libertad por Palacio López, indicando que durante el lapso de tiempo referido, el acusado no le entregó a la señora Nelly de las Mercedes informes formales emitidos por las compañías comisionistas de bolsa (Inversionistas de Colombia –hasta 2007- e InterBolsa –desde 2007-) sobre sus inversiones y los reportes que le entregaba, eran en hojas manuscritas o de Excel sin membrete de la compañía, en los que le indicaba que sus inversiones iban muy bien, refiriéndose específicamente a las inversiones en moneda extranjera de los que le informaba que estaban en “bonos yankees”.

Relató la Fiscalía que cuando se dio la intervención de InterBolsa en el mes de noviembre de 2012, la señora Nelly de las Mercedes se dirigió personalmente a esa compañía a averiguar por el estado de sus inversiones, siendo informada de que a su nombre no había ninguna inversión en el extranjero y que, a nivel nacional, sus inversiones ascendían a una suma cercana a los 4 millones de pesos. Tras esto, ella se encontró con Gustavo

Palacio López y él le reconoció que tenía su dinero, pero que se lo iba a entregar, que le pagaría con lo que le entregaran por concepto de la liquidación de InterBolsa, entregándole incluso tres títulos valores, concretamente dos cheques por 300 millones de pesos cada uno y una letra de cambio por valor de 614 millones de pesos. Pero, según la acusación, cuando la señora Nelly de las Mercedes fue a cobrar esos cheques, resultó que no tenían fondos.

Ahora, respecto de la señora Luz Helena Restrepo Sierra, se indicó por parte del Ente Acusador que en el año 2003 ella le entregó al acusado la suma de \$62.000.000 y, en el año 2010, la suma de \$120.000.000 para que fueran invertidos en moneda extranjera; contando con los recibos de las empresas comisionistas de bolsa (Inversionistas de Colombia/InterBolsa) en los que se certifica que esos valores efectivamente fueron recibidos por esas compañías. Estableciéndose que la señora Luz Helena también tenía inversiones en moneda nacional, de estas inversiones se le entregaban por parte de Palacio López de manera mensual o bimensual, los correspondientes extractos.

Se indicó que en ningún momento durante el periodo comprendido entre 2003 y 2012 el acusado le entregó los extractos sobre sus inversiones en moneda extranjera, pese a que le fueron requeridos por ella constantemente, pero sí le informaba siempre que sus inversiones iban muy bien, que estaban en Bonos Yankees y le hacía cuentas informales manuscritas, sobre el supuesto estado de sus inversiones. En noviembre de 2012 al notificarse que InterBolsa había sido intervenida por los malos manejos de sus dueños, la señora Luz Helena acudió a las oficinas de la compañía para que se le informara sobre el estado de sus inversiones, allí le indicaron que a nombre suyo no había ninguna inversión en moneda extranjera. Por esta razón acudió donde su asesor comercial en InterBolsa, el señor Palacio López, quien en un primer momento le manifestó que no se preocupara que sus dineros estaban en Panamá y que en pocos días le serían entregados; después de esto se comprometió con su cliente Luz Helena a entregarle su dinero, ofreciéndole pagárselo con “un AUDI” pero, ante la negativa de esta de recibir un vehículo en lugar de su dinero, el acusado se comprometió a que le pagaría con lo que le entregaran por concepto de liquidación del contrato laboral con InterBolsa; pero en ultimas

nunca le devolvió el dinero que había destinado para inversión en moneda extranjera.

Se indica finalmente que, ante peticiones de las señoras Tobón Gómez y Restrepo Sierra, Fiduagraria, en su condición de liquidadora de InterBolsa, les informó que en los archivos de esa compañía no se hallaron soportes de los movimientos y egresos de las cuentas de estas en InterBolsa, ante lo cual su comisionista Gustavo Palacio López les afirmó que él tenía sus documentos en el cuarto útil de un apartamento suyo en el municipio de Envigado y que se los entregaría, pero esto no sucedió.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. Traslado del escrito de acusación. Según obra en el plenario, el 28 de mayo de 2019, en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 536 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General de la Nación dio traslado del escrito de acusación al procesado, su defensor y el representante de las víctimas.

3.1.2. Audiencia Concentrada. El 27 de abril de 2020, en desarrollo del rito procesal consagrado en la Ley 1826 de 2017, se realizaron las audiencias de acusación y preparatoria ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

3.1.3. Juicio Oral. Se desarrolló los días 9 de julio, 2 y 3 de septiembre, 28 de octubre de 2020, 15 de enero y 5 de marzo de 2021, fecha esta última en la que se emitió sentido del fallo absolutorio.

3.2. Sentencia impugnada.

El 5 de abril de 2021 la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín profirió sentencia absolutoria en favor del ciudadano Gustavo Palacio López. Para el

efecto partió por indicar haber tenido como probado dentro del juicio, tanto por vía de las estipulaciones como de las pruebas practicadas: i) Que Gustavo Palacio López laboró en Corredores Davivienda S.A (Corredores Asociados) desde el 16 de julio de 1991 hasta el 30 de julio de 2000 como corredor de bolsa; y como asesor comercial de Inversionistas de Colombia desde el año 2000 hasta el 2007; y que a partir del 2007 laboró en InterBolsa Sociedad Comisionista de Bolsa hasta el 14 de enero de 2014, con contrato laboral a término indefinido, como asesor comercial; ii) Que Palacio López como asesor comercial de Corredores Asociados fue el asesor para asuntos de inversiones del señor Manuel Salvador Tobón (padre de la señora Nelly de las Mercedes Tobón Gómez) y también cuando trabajó en Inversionistas de Colombia y del señor José Félix Restrepo (padre de la señora Luz Helena Restrepo Sierra); iii) Que desde 1996 y porque el señor Manuel Salvador Tobón le entregó el manejo de las inversiones a cada uno de sus hijos -entre ellos a Nelly de las Mercedes-, Gustavo Palacio López, fue el asesor comercial y de inversiones en la empresa Corredores Asociados, de la señora Nelly de las Mercedes Tobón Gómez; iv) Que posteriormente Gustavo Palacio López comenzó a trabajar con la firma Inversionistas de Colombia como asesor y Nelly de las Mercedes Tobón se retiró de Corredores Asociados y se pasó con su asesor Palacio López a la firma Inversionistas de Colombia; v) Que desde 2003 y con ocasión del fallecimiento del señor José Félix Restrepo, el procesado pasó a ser el asesor comercial y de inversiones de la señora Luz Helena Restrepo Sierra en la empresa Inversionistas de Colombia; vi) Que en el año 2007 Inversionistas de Colombia se transformó en InterBolsa y todos los activos, clientes e inversiones de la primera posaron a la segunda, entre ellos, las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra, quienes continuaron con su asesor comercial Gustavo Palacio López, hasta la intervención y liquidación de InterBolsa.

Concretó la *a quo* en que, tras una valoración individual y conjunta de las pruebas testimoniales y documentales arribadas al juicio, respecto de la denuncia interpuesta por la señora Nelly de las Mercedes Tobón Gómez, se demostró: i) Que las inversiones de esta en el extranjero existieron, aunque InterBolsa certificó que no había ningún reporte de inversión alguna a su nombre en el extranjero, y que no había soportes de las autorizaciones de ella

para sus movimientos y pagos en InterBolsa; ii) Que ella nunca autorizó que sus inversiones en el extranjero fueran vendidas; iii) Que su asesor comercial Gustavo Palacio López siempre le informó -desde que estuvo en Corredores Asociados, cuando pasó a Inversionistas de Colombia y cuando esta compañía se transformó en InterBolsa-, que esas inversiones existían y que estaban dando rentabilidad; iv) Que una vez intervenida InterBolsa, Palacio López le seguía asegurando a Nelly de las Mercedes y a sus sobrinas Mónica y Beatriz que las inversiones en moneda extranjera existían; v) Que cuando la señora Nelly de las Mercedes y sus sobrinas verificaron directamente en el extranjero y establecieron que no había ninguna inversión a nombre de Nelly, el acusado les reconoció que él tenía ese dinero, pero les aseguró que se lo iba a devolver; vi) Que, para garantizar el pago de ese dinero, Gustavo Palacio López suscribió en septiembre del año 2013 tres títulos valores por un monto total de mil doscientos dieciséis millones de pesos, dinero que no fue pagado.

Y, respecto de la denuncia interpuesta por la señora Luz Helena Restrepo Sierra, consideró demostrado la *a quo*: i) Que al momento del fallecimiento del señor José Félix Restrepo –año 2002- (padre de esta) había dejado en la empresa Inversionistas de Colombia, una inversión en moneda extranjera por US\$9.203; ii) Que la señora Luz Helena le entregó a la compañía comisionista de bolsa Inversionistas de Colombia en el año 2003 la suma de \$62.000.000 - que le había entregado una compañía aseguradora, como seguro de vida por la muerte de su padre-, con la indicación específica de que ese dinero debía invertirse en moneda extranjera; iii) Que en el año 2010, la señora le entregó a InterBolsa la suma de \$233.000.000, que le fueron entregados por concepto de seguro de vida, con ocasión de la muerte de su esposo, dando la instrucción clara a su asesor Gustavo Palacio López que, de esos 233 millones, 120 millones debían destinarse a inversión en moneda extranjera; junto con los 62 millones de pesos que había entregado en el año 2003 y los US\$9.203 que le había dejado su padre; iv) Que aunque nunca recibió ni de parte de InterBolsa ni de su asesor Gustavo Palacio López extracto alguno en moneda extranjera durante el periodo comprendido entre enero de 2003 y noviembre de 2012, Palacio López como su asesor comercial le entregó en 2003 una certificación suscrita por él mismo sobre la existencia de esas inversiones en Bonos Yankees y periódicamente le informaba durante ese lapso de 2003 a 2012, de

manera verbal y le hacía cuentas y proyecciones a mano sobre los extractos que le entregaba de las inversiones a nivel nacional, sobre sus inversiones en moneda extranjera, informándole el acusado, durante ese lapso, a ella y a sus hijos Andrés Felipe y Luz Victoria, que sus inversiones en moneda extranjera se mantenían en Bonos Yankees y que estaban dando rentabilidad; v) Que con ocasión de la intervención de InterBolsa en noviembre de 2012, la señora Luz Helena se enteró que no tenía ninguna inversión a su nombre en moneda extranjera y de inmediato se contactó con Palacio López para pedirle explicaciones, a lo que este le indicó que sus dineros estaban invertidos en Panamá, que no se preocupara, que él le iba a responder por su dinero, prometiéndole entregarle lo que le iban a pagar a él por su liquidación laboral en InterBolsa y ofreciéndole un vehículo de alta gama para cubrir ese monto, que, según lo probado confirme a las cuentas que le hacía Palacio López ascendían a la suma de 90.000 dólares; vi) Que nunca le fueron devueltos ni por InterBolsa ni por Palacio López los dineros que ella había entregado a las empresas comisionistas de bolsa en las que estuvo afiliada (Inversionistas de Colombia e InterBolsa), para ser invertidos en moneda extranjera.

Conforme a lo anterior, consideró la *a quo* que aunque se demostró que las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra fueron víctimas de una defraudación en la que participó Gustavo Palacio López, en tanto fue claro que los recursos que ambas habían invertido en InterBolsa para moneda extranjera, fueron sustraídos de las cuentas que cada una tenía en esa entidad, afectando así sus patrimonios, a partir de lo probado en el Juicio se estableció que la conducta no se enmarca en el tipo penal de Estafa, en tanto el engaño del que fueron víctimas por parte de su asesor comercial no fue persuasivo -para que ellas le entregaran a él su dinero-, sino disuasivo -para que ellas no ejercieran los controles al interior de InterBolsa sobre el manejo de sus recursos-.

Estableciéndose además por parte de la Juez de primera instancia que tampoco se está ante el delito de Abuso de Confianza porque los recursos no se le habían entregado directamente a Palacio López sino a InterBolsa y porque dentro de las potestades del acusado como asesor comercial, no estaba la de sustraer el dinero de sus clientes de las cuentas de estas en

InterBolsa; y encontrando la *a quo* que probablemente se esté ante el delito de Hurto en el que con otros pudo haber participado el acusado dentro de este proceso, pero no se atribuyeron ni se demostraron las circunstancias en las que se dio ese desapoderamiento, ni en concreto la modalidad utilizada para llevarlo a cabo; por lo cual resultó imperioso absolver a Palacio López, por cuanto no se logró desvirtuar su presunción de inocencia.

3.3. Del recurso interpuesto por la Fiscalía General de la Nación.

Arguyó la delegada de la Fiscalía que existe abierta contradicción entre el análisis suasorio realizado por la Juez de primera instancia y el contenido de cada uno de los medios de convicción. Sí se encuentran en este caso estructurados los elementos de la conducta típica de Estafa por la que fue acusado el señor Gustavo Palacio López en tanto es claro que utilizó su rol de comisionista de bolsa como soporte real y objetivo para generar en sus víctimas, las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra, confianza para que les entregaran sus dineros a las comisionistas de bolsa de las que él hacía parte.

Coligió la primera instancia, como en efecto aconteció, que a través de la utilización de su cargo y la trayectoria que tenía como asesor comercial, el acusado originó y animó en sus víctimas la intención de que entregaran o siguieran confiando a él los dineros que habían recibido por parte de cada uno de sus padres a quienes también les había manejado sus inversiones. En punto a la forma en que se recepcionó el dinero, mediante el empleo de artificios y engaños, arguye el censor que son dos los aspectos que se suscitaron y que se confunden en la decisión cuestionada y de los que dan cuenta en su testimonio las víctimas, uno fue que desde tiempo atrás sus padres conocieron al acusado y era él quien venía haciendo sus inversiones, motivo por el cual tras la muerte de cada uno, los dineros de la herencia los siguió manejando como comercial para hacer las inversiones, conforme se le instruía, en un claro ejercicio de un contrato de comisión, bajo las características de este y con las obligaciones que ello le imponía.

Se logró acreditar que con posterioridad a los dineros que se habían entregado inicialmente para las diferentes inversiones y que tuvieron origen en la herencia recibida de sus padres, el señor Gustavo Palacio López les ofreció realizar unas inversiones en moneda extranjera, para lo cual le entregaron unas sumas de dinero, inversiones que nunca se realizaron, pues lo pretendido era simplemente hacer una promesa falsa de una inversión, es este hecho el que evidencia que sí existió un engaño sobre las víctimas previo a la entrega del dinero, pues la promesa de hacer unas inversiones en moneda extranjera que les daría unos beneficios económicos, conllevó la entrega de otras sumas de dinero. Luego, si se generó un error en las víctimas pues bien pudieron ellas haber utilizado de cualquier otra forma los haberes recibidos en otro tipo de inversiones, sin embargo, afirma que, teniendo en cuenta que el señor Palacio López se ofreció como comisionista o comercial, ellas decidieron invertir sus dineros supuestamente en moneda extranjera, cuyos rendimientos, además de estables eran más productivos, según les ofreció el acusado.

Enfatiza el apelante en que las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra incurrieron en error por virtud de la actividad histriónica y teatral del acusado. Es la misma sentencia la que da como probado que el señor Palacio López a través de su puesta en escena y aprovechándose que como comisionista de bolsa gozaba de credibilidad y respeto, por ser un experto en el mercado de valores e inversiones, utilizó esta especial calidad con el fin de que las víctimas entregaran sus dineros bien sea para operaciones en moneda nacional, como también en moneda extranjera, más aún, fue tan páfida la actitud del mismo frente a las señoras Tobón Gómez y Restrepo Sierra, que además de que hace que incurran en el error las mantiene en el mismo, como bien lo afirmaron en sus relatos.

Reprocha que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, razón por la que es evidente que en el fallo impugnado se vulneró un principio de lógica formal, el denominado principio de identidad, pues si efectivamente se habla de un engaño y lo probado es que lo hubo, desde antes de la misma intervención de InterBolsa que es cuando las víctimas avizoran que su capital está en riesgo porque tenían la plena convicción de que el dinero estaba invertido en moneda extranjera a través de la sociedad comisionista y que sus

inversiones en moneda extranjera se mantenían y eran rentables, no puede concluirse frente a este mismo planteamiento, que hace parte de una maniobra posterior a "un hurto" inexistente, pues en este caso y haciendo referencia a los elementos estructurales del hurto, el señor Gustavo Palacio López no usurpa el poder sobre el dinero que "supuestamente" invirtieron las víctimas, pues él las engañó, creando la conciencia a partir de la distorsión de la realidad, de que el dinero estaba invertido en moneda extranjera, lo cual no ocurrió, y con toda razón cayeron en el error las víctimas. No puede hablarse de un hurto, pues el dinero no fue entregado únicamente en virtud de la confianza, lo fue con la conciencia fundada de realización de una operación mercantil respaldada por un contrato de comisión.

Tampoco puede hablarse de un Abuso de confianza, pues tal y como lo indicó el juzgado, *"los dineros no le fueron entregados a Palacio López, sino a las compañías comisionistas de bolsa en las que él laboraba"* lo cual ratifica el error en que incurrió la Juzgadora, en tanto, dio como probado que la conciencia que tenían las víctimas era que el señor Palacio López actuaba como representante de las sociedades comisionistas de bolsa en las que laboraba; que actuó como comisionista de bolsa en ellas y que las víctimas entregaron el dinero para que fuera invertido a través de las comisionistas de bolsa, en moneda extranjera. Él las hizo creer que haría unas inversiones en moneda extranjera, luego ellas le entregan sus dineros para que por su intermedio y a través de la sociedad comisionista de bolsa, él invierta en dichas operaciones, pero en realidad el dinero lo recibió a través de la sociedad para utilizarlo de manera diferente a lo ofrecido, pues el dinero nunca se invierte sino que lo toma para sí, obteniendo un provecho ilícito, desconociendo sus funciones, cargo y obligaciones, obteniendo un provecho personal de esos dineros y manteniendo engañadas a sus víctimas con documentos espurios para hacerles creer que había cumplido con las inversiones que nunca realizó.

No puede decirse entonces que hubo un engaño disuasivo (convencer a una persona que cambie su manera de actuar o sentir), como lo llama la Juez de primera instancia, argumentando un engaño persuasivo (conseguir con razones y argumentos que una persona actúe o piense de un modo determinado). Aquí radica entonces la desatención al principio de identidad,

pues una cosa siempre es la misma sin importar los diferentes nombres que puedan ser aplicados o las circunstancias consideradas.

También encontró probado la *a quo* que hubo un provecho ilícito, pero lo hace ver como un desapoderamiento valiéndose de los elementos estructurales del hurto (inexistente como ya se indicó). Según el Juzgado el dinero que se entregó para la realización de operaciones de moneda extranjera si se invirtió en esas operaciones, pero luego desapareció de la comisionista y allí existió intervención de Gustavo Palacio López; hecho que no es cierto y allí se generó otra incorrección por parte del Despacho en la valoración de las pruebas practicadas, al colegir erróneamente que si existió prueba de las operaciones en moneda extranjera porque según lo afirmaron las propias víctimas, Nelly de las Mercedes tenía “Bonos Yankees” y Luz Helena un poco más de 9.000 dólares.

En este punto el error es de falso juicio de existencia por omisión, teniendo en cuenta que existió un medio probatorio documental debidamente acreditado en el juicio oral que indicaba la inexistencia de inversiones en moneda extranjera, conclusión a la que se arriba de un adecuado análisis probatorio. De los testimonios de las víctimas las víctimas y de los documentos acreditados por estas en el juicio oral específicamente de las denominadas pruebas 5, 10 y 11, se acreditó que para ninguna de las mencionadas se había realizado operaciones en moneda extranjera. No que no hubiese soporte, es que no aparece que se hubieren realizado operaciones para ellas, en el exterior; hechos diferentes a lo que concluye la Juez.

Fueron claras en referir que la única información que recibían de las inversiones realizadas fue el dicho de su comercial Gustavo Palacio López y un documento que él de su propia mano les entregó y que se allegó también al juicio y en el que representaba la realización de unas operaciones en moneda extranjera que no se realizaron. Aunado a ello, la información vertida dentro del juicio a través de la funcionaria de la liquidación que llevó a cabo la auditoría sobre el caso específico da cuenta que la inversión en moneda extranjera de las señoras Tobón Gómez y Restrepo Sierra no se realizaron.

Llama la atención del impugnante que no obstante lo anterior, esta prueba practicada e ingresada legalmente en el juicio fue dejada de lado, se le restó valor probatorio por parte del Juzgado de primera instancia y contrario al deber ser, supuso la existencia de la prueba de las operaciones en moneda extranjera amparado sólo en las declaraciones de las víctimas, valoradas de forma errónea, lo que supone un falso juicio de valoración, donde se le dio el valor a una prueba que no lo tenía. Siendo pertinente entonces hablar de la conducencia de los medios probatorios, pues en este caso el testimonio no es un medio válido para probar la existencia de operaciones en moneda extranjera, pues para ello existe la obligación de probarlo a través de los intermediarios del mercado de valores como lo eran en este punto InterBolsa antes inversionistas de Colombia, en donde supuestamente estaban los dineros. Al respecto, las reglas de la experiencia indican que los movimientos financieros han de probarse de forma documental, sea documento electrónico o físico, y segundo que también existe una previsión legal emanada del Banco de la República frente al régimen de operaciones en moneda extranjera, cual es la Circular Externa 8 de 2000.

Todas aquellas operaciones de inversión en moneda extranjera, sean Bonos Yankees -lo que decía el acusado- o cualquier otra operación, se realiza a través de los canales cambiarios o intermediarios autorizados por el Banco de la República lo que es un hecho de conocimiento público, así como que las comisionistas de bolsa también actúan como intermediarios del mercado cambiario y en esta caso InterBolsa actuando como intermediario o cualquier otra comisionista, debía guardar el comprobante de estas operaciones y por ello es la única entidad que puede certificar la existencia o no de las operaciones. Existen pruebas practicadas en el juicio que dieron cuenta de que no se realizaron ni existieron operaciones de moneda extranjera por parte de ninguna de las víctimas, conforme consta en las certificaciones emitidas por parte de Fiduaría quien administra los archivos de la extinta InterBolsa; pruebas que no fueron tachadas en su contenido es decir no hay mérito para restarle valor a estas y menos remplazarlas con unas pruebas inconducentes frente a la comprobación o no de existencia de operaciones en moneda extranjera, o sea, no se puede demostrar a través de un testimonio, mal valorado por supuesto, la existencia de una operación en moneda extranjera,

y a cambio de ello decir que si existieron, cuando hay un soporte documental, idóneo, conducente y con suficiente presunción de legalidad y veracidad que indica lo contrario.

El convencimiento en las víctimas se dio dentro de esos medios engañosos para que después de inducidas por el acusado, las señoras se mantuvieran en error entregándoles certificaciones elaboradas por él, en papel sin membrete de InterBolsa, pero suscribiéndolas como comisionista, en donde daba fe de que esas inversiones estaban en Bonos Yankees, como se puede corroborar por ejemplo de la prueba documental número 6, situación que se replicó en las dos afectadas. En esa prueba documental se ve como el señor Palacio López indicaba la existencia de operaciones, sólo para que las víctimas se mantuvieran en el error.

Por último, frente al perjuicio correlativo de otro y sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre este y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno, no hizo ninguna relación la sentencia más allá de hablar de un desapoderamiento probado. Sin embargo, y conforme la sucesión de hechos que se plantearon y probaron en el juicio, puede verse que el perjuicio ocurre en el momento en que las señoras Nelly de las Mercedes y Luz Helena se enteran de la caída de InterBolsa y van a reclamar sus dineros, lo cual no pudo ser de otra manera, pues también indican las reglas de la experiencia que una inversión en el mercado de valores tiene como fin el incrementar recursos a través de la compra de activos o divisas o títulos que generen un rendimiento, obvio a plazos establecidos, entonces, no había razón para que el dinero fuera reclamado en otro momento por las víctimas si esa no era su voluntad y más aún cuando tenían un fin de inversión.

Las víctimas se sienten perjudicadas al momento de ir a reclamar sus dineros y darse cuenta de que nunca hubo tales inversiones sobre las cuales se les hizo creer que existían, sólo a partir de allí se genera el perjuicio correlativo de ellas, pues según lo certificado por Palacio López de forma mentirosa, si existían y eso generó en ellas la convicción de que hacía parte de su patrimonio y su haber, pero claro al recibir la certificación de InterBolsa y la misma manifestación de él de que tenía ese dinero y que lo respaldaba con otros

bienes, cesó la ilusión y se dio el desplazamiento patrimonial, no pudo haber sido en un momento distinto, dado que era tal el engaño, que no existió la posibilidad de suponer lo que sucedió con los recursos en otro momento.

Visto lo anterior, puede decirse que la compleja maniobra de engaño que desplegó al pasar de los años el señor Palacio López se convirtió de forma concatenada en los requisitos del punible de Estafa. Las pruebas aportadas dan cuenta no solo de la materialidad de la conducta, de la concreción de los elementos de la tipicidad del delito de Estafa, sino que adicional a ello surge prueba idónea directa y suficiente que permite acreditar la responsabilidad como autor en cabeza del señor Gustavo Palacio López, no solo prueba de cargo documental, además del dicho de las víctimas en estos hechos, quienes le señalaron como la persona que se aprovechó de sus inversiones, a través de engaños y obteniendo un provecho lícito, en una cuantía que fue muy significativa, en un claro detrimento patrimonial. Finalmente solicita se revoque la decisión impugnada y se emita condena en contra del acusado.

3.4. Pronunciamiento de la defensa como sujeto procesal no recurrente.

Partió por indicar que, en virtud del principio lógico de no contradicción, traído a colación por el Ente Acusador en la alzada, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, pues bien, en este caso no puede afirmarse, sin desconocer este principio, que la calidad de comisionista del señor Palacio López es una realidad y al mismo tiempo un engaño. Lo que nos indica la prueba practicada en juicio es que la calidad de comisionista de bolsa de su asistido siempre existió e incluso las estipulaciones probatorias 2 y 3 dan cuenta de ello y la práctica de las pruebas lo corroboró, esto es, que el señor Palacio López trabajó como agente de las firmas comisionistas Corredores Asociados, Inversionistas de Colombia e InterBolsa y que las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra fueron clientes de estas firmas, siendo Palacio López el comercial encargado del manejo de sus portafolios.

Adicionalmente, la prueba practicada en juicio es contundente en que los dineros siempre se entregaron por la condición de comisionista de Gustavo

Palacio López, porque tenía una experiencia de muchos años en esa profesión y porque representaba a las firmas comisionistas para las cuales trabajaba. A ello hay que sumarle, como un hecho probado, que los dineros entregados, acreditados en el proceso, ingresaron efectivamente a los portafolios de las firmas comisionistas de Bolsa. Todas estas situaciones son reales, por lo que, a juicio del defensor, resulta desafortunado sugerir que los dineros se le entregaron al señor Gustavo Palacio López como consecuencia de un artificio o engaño. Es decir, frente a este aspecto, lo único probado es que los dineros se entregaron por la condición de comisionista, con la que siempre contó su asistido.

Ahora bien, el error como elemento del tipo penal de Estafa, se define como una disconformidad que existe entre lo que se piensa y lo que acontece en la realidad. Así, para que se entienda cumplido este elemento, se debe demostrar, más allá de toda duda razonable, que el motivo por el cual se dispone del patrimonio del sujeto pasivo es, precisamente, el artificio o engaño; tal es la secuencia lógica y cronológica que se exige en el punible de Estafa.

En este caso las señoras Nelly de las Mercedes y Luz Helena entregaron esos dineros para ser invertidos en la bolsa de valores, en diversas modalidades. No obstante, frente a Nelly de las Mercedes Tobón Gómez, no quedaron claros en la acusación ni tampoco fueron probados en juicio, cuáles fueron los actos de disposición en los que la señora le entregó dinero a Gustavo Palacio López para que los invirtiera. Los únicos actos de disposición patrimonial que se identificaron en la acusación y que implicaron la entrega de dinero por parte de ella fueron un dinero que se entregó directamente a InterBolsa como consecuencia de la venta de un apartamento por valor de \$355.000.000, según la prueba practicada en juicio, así como los extractos de la cuenta de la señora Nelly de las Mercedes en InterBolsa, se verifica el ingreso de este dinero a InterBolsa y se explican, además, los movimientos financieros posteriores, incluyendo inversiones y egresos que, según la prueba testimonial practicada en el juicio, fueron autorizados por la misma denunciante. Además de un dinero equivalente a \$130.000.000 que ella manifestó en su testimonio que debía ingresar a InterBolsa en 2012, por la venta de otro apartamento. Ahora bien, según la prueba practicada en juicio, este dinero no ingresó al portafolio

de Nelly de las Mercedes, según se refleja en los extractos de su cuenta en InterBolsa; además, ella no verificó que el dinero se le hubiera pagado por parte de un tercero ajeno a todo este proceso (el comprador del apartamento) en su cuenta de InterBolsa. Coherente con todo, en la auditoría de InterBolsa se concluyó que no hubo un ingreso por tal valor. Estas dos situaciones quedaron explicadas y probadas en forma suficiente, en ese sentido, en la cuenta de la señora Nelly de las Mercedes de InterBolsa se verificó el ingreso del dinero que le pagaron por la venta de un apartamento por valor de \$335.000.000, estableciéndose, además, que los veinte millones restantes se le entregaron a Nelly en efectivo. Pues bien, con esa suma se efectuaron operaciones en moneda nacional, situación que fue explicada por el perito de la Defensa.

Adicionalmente, en relación con la venta de otro apartamento en 2012 por valor de \$130.000.000, se pudo probar en juicio que la señora Nelly nunca verificó si el comprador (situación ajena a todo este proceso) le había hecho el pago en la cuenta que ella había indicado, y que, en la auditoría de InterBolsa se concluyó que ese dinero nunca ingresó al portafolio de Nelly, por lo que el señor Gustavo Palacio López no tuvo ninguna injerencia sobre dicha suma.

Así las cosas, en los dos únicos actos de disposición que se identificaron claramente en la acusación, la Defensa explicó en forma suficiente, qué fue lo que sucedió, y en esas disposiciones patrimoniales no se evidencia ninguna injerencia de parte de Gustavo Palacio López. En todo lo demás, incluyendo los supuestos dineros que se entregaron para inversión en el extranjero, hay una absoluta indeterminación procesal y probatoria, tal y como lo resalta el Juzgado de primera instancia en su decisión. Ni con la acusación, ni con las declaraciones de los testigos de la Fiscalía, se pudo establecer cuándo se entregaron dineros para invertir en el extranjero, ni cuál fue la cuantía de esas entregas. Lo cual significa que no existen hechos jurídicamente relevantes que den cuenta de esas entregas, pero tampoco existen pruebas que den claridad sobre dichas disposiciones. Es más, en juicio no se presentó ningún soporte documental de esas supuestas entregas de dinero para inversión en moneda extranjera.

Resalta el defensor que identificar las entregas o los actos de disposición era un presupuesto básico si la Fiscalía pretendía discutir la estructura del delito de Estafa, porque conforme a la dogmática y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es el acto dispositivo el momento clave en este punible; en consecuencia, si no se identifica el acto de disposición patrimonial o de entrega, se hace imposible analizar los demás elementos estructurales del tipo penal en cuestión.

Sin embargo, lo que pudo evidenciar la *a quo*, dándole credibilidad a los testimonios de Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Beatriz Elena Mejía Tobón, su sobrina, sin ningún documento soporte de sus afirmaciones, fue que existieron inversiones en el extranjero. No obstante, aun solo con las declaraciones, jamás se afirmó cuándo se entregó el dinero para invertir, cuánto se invirtió y, cuándo, supuestamente, fue objeto de apropiación irregular por parte del procesado. Según las declaraciones de estas, las inversiones en el extranjero sí existieron. A la señora Nelly de las Mercedes le gustaba invertir en el extranjero, razón por la cual después de conocer eso, Palacio López le ofrecía alternativas de inversión, pero, además, sí existió el soporte documental sobre inversiones en el extranjero que el Ente Acusador echa de menos, pues Beatriz reconoce que verificó documentos de Inversionistas de Colombia que daban cuenta de dichas inversiones. Sin embargo, ningún documento de este tipo, para el caso de doña Nelly Tobón, se incorporó al juicio como prueba documental.

Por el contrario, en el caso de Luz Helena, los hechos cuestionados en la acusación son bastante concretos. La Fiscalía identifica dos entregas de dinero que ella hizo a sus firmas comisionistas y que ocurrieron en momentos distintos. Una entrega que realizó en 2003 por valor de \$62.000.000, saldo que recibió la señora Restrepo Sierra por un seguro de vida luego de la muerte de su padre y que le ordenó a Gustavo invertir en moneda extranjera. Y una entrega que realizó en 2010 por valor de \$233.000.000, suma que recibió por un seguro de vida luego de la muerte de su esposo. De esa suma, \$120.000.000 se debían invertir en moneda extranjera, según lo ordenado por Luz Helena al señor Palacio López.

Fue ella quien le ordenó a Gustavo Palacio López invertir esos dineros en moneda extranjera. La claridad de la prueba es indiscutible y contradice las afirmaciones que la Fiscalía ha realizado en su recurso de alzada. En este caso, a diferencia del de la señora Nelly de las Mercedes, sí existe un soporte documental sobre su inversión en el extranjero para el año 2003. Ese soporte, que da cuenta de unas inversiones en dólares, lo firmó Gustavo como comisionista de bolsa el día 14 de agosto de 2003, momento en el que se desempeñaba en tal calidad en Inversionistas de Colombia. Ahora, el contenido de ese documento revela que allí se habla de unos Bonos Yankees que se vencen el 9 de marzo de 2004, de otros que se vencen el 13 de junio de 2006 y de unos bonos FEN que se vencen el 15 de junio de 2006. Esto quiere decir que la totalidad de las inversiones que certificó Gustavo con ese documento tenían fechas de vencimiento anteriores a 2007, año a partir del cual Fiduararia certifica que no existen operaciones o inversiones en moneda extranjera. En consecuencia, este documento firmado por Gustavo Palacio López como comisionista de bolsa y que no fue refutado o tachado de falso por la Fiscalía, también termina siendo coherente con las certificaciones que Fiduararia le entregó a la señora Luz Helena.

Ahora, en relación con las certificaciones de Fiduararia, emitidas luego de la intervención de la firma comisionista InterBolsa, hay que identificar con rigor y sin hacer ejercicios de suposición, qué es lo que prueban dichos documentos. Respecto de Nelly de las Mercedes, lo que certifica Fiduararia es que no se encontraron operaciones en moneda extranjera que se hubieran efectuado a través de InterBolsa, en el lapso comprendido entre 2006 y 2012. Ello tampoco es incoherente con los testimonios de la señora Nelly y de su sobrina Beatriz, pues las operaciones en moneda extranjera se realizaron, según sus testimonios, a través de la firma Inversionistas de Colombia, con anterioridad al año 2006. Recordemos que Beatriz menciona unos bonos de inversiones en el extranjero de Inversionistas de Colombia.

Y respecto de la señora Luz Helena, se cuenta con dos certificaciones distintas proferidas por Fiduararia, una del 20 de noviembre de 2017 y otra del 12 de diciembre del mismo año. Ambas se complementan en su contenido, pues en la primera se indica que la verificación sobre operaciones o inversiones en

moneda extranjera se realizó en la cuenta 26255, para el periodo comprendido entre 2007 y 2012 y en relación con la firma comisionista InterBolsa. Ello quiere decir que se verificaron únicamente los archivos relativos a la sociedad comisionista InterBolsa, pero no los de Inversionistas de Colombia, por lo que no se puede descartar que estas operaciones existieran con anterioridad al 2007. En razón de lo anterior, la señora Luz Helena radica una petición adicional el 30 de noviembre en la que no solo pregunta por InterBolsa, sino, además, por operaciones o inversiones en moneda extranjera que se puedan encontrar en los archivos de Inversionistas de Colombia. Como respuesta a esa solicitud, Fiduagraria reconoce que los archivos que se encuentran en su poder son los de la sociedad comisionista InterBolsa, y que, para obtener la información requerida referente a Inversionistas de Colombia, le debía elevar una petición a la Superintendencia de Sociedades para identificar quién administraba para 2017 la información sobre Inversionistas de Colombia. En consecuencia, Fiduagraria reconoce que no tenía en su poder los archivos de la firma comisionista de bolsa Inversionistas de Colombia, a pesar de que esta sociedad había sido absorbida por InterBolsa.

Es así como ni la Fiscalía, ni la Defensa que también los solicitó sin obtener respuesta, ni las señoras Nelly y Luz Helena, aportaron documentos que dieran cuenta del portafolio, en inversiones en moneda nacional y extranjera, en la sociedad Inversionistas de Colombia. Todo lo que se aportó al presente caso fue para el período de la vinculación de las denunciadas con InterBolsa, es decir con posterioridad al período de Inversionistas de Colombia, antes de que esta fuera absorbida por InterBolsa. En consecuencia, como no se pudieron obtener los archivos de Inversionistas de Colombia, no se pudo revisar, analizar o explicar qué fue lo que sucedió con esas inversiones que existieron en Inversionistas de Colombia. Incluso, Beatriz, la sobrina de doña Nelly, testigo de la Fiscalía, da una pista clave para corroborar esta situación al indicar que cuando le pidieron información a InterBolsa, no les entregaron ninguna información anterior a 2007, es decir, no se les entregó ningún soporte documental sobre el portafolio que su tía, Nelly de las Mercedes, tuvo en Inversionistas de Colombia. De esta manera, la prueba documental aportada por la Fiscalía es también coherente con los dichos de sus testigos, pues las inversiones en moneda extranjera existieron con anterioridad a los años 2006

respecto de Nelly, y 2007 en lo referente a Luz Helena. Quizás, por ello, la Juez de primera instancia reconoció inversiones en el extranjero por los solos testimonios, pero no más.

En todas las cifras en las que la Fiscalía fue clara en su acusación, tanto para el caso de doña Nelly de las Mercedes como para Luz Helena, se pudo verificar a través de las pruebas practicadas, que los dineros efectivamente ingresaron a las firmas comisionistas que representaba Gustavo Palacio López, así se vio reflejado en los extractos de la compañía InterBolsa, debidamente aportados al proceso por la Defensa.

Resalta el defensor que Nelly de las Mercedes Tobón Gómez manejaba dólares desde la época en que vivió en México, por ende, su asesor Gustavo le ofreció alternativas de inversión, sin que se sepa en qué momento sucedió esto o cuál fue el monto que se entregó para inversión en moneda extranjera, o cuándo se invirtió en el extranjero. En todo caso, lo cierto es que Gustavo no fue el que generó ese gusto o motivación de invertir en moneda extranjera en la señora Nelly, ni mucho menos generó artificios o engaños para eso. Y, en el caso de la señora Luz Helena es claro que fue ella quien le ordenó a Gustavo invertir en moneda extranjera. Así se reconoce en el escrito de acusación y así lo afirmó la testigo en juicio oral. En ese sentido, llama poderosamente la atención que la Fiscalía afirme que Palacio López les ofreció, como parte de un supuesto engaño, realizar inversiones en el extranjero, cuando esa afirmación es contraria a los hechos de la acusación y a lo que afirmaron los testigos de la propia Fiscalía en la práctica probatoria.

Por último, advierte el defensor la inexistencia de prueba concluyente sobre el provecho ilícito o los desapoderamientos, pues tal y como lo señaló la *a quo*, aunque los desapoderamientos resultan probables, desde su perspectiva, tampoco existe un conocimiento más allá de toda duda razonable en ese sentido, simplemente se concluye que Palacio López pudo haber participado de alguna forma en los desapoderamientos. Por ello, resulta equivocado afirmar, como lo hace la Fiscalía, que esos desapoderamientos de los que parte el Juzgado de primera instancia dan cuenta del provecho ilícito que exige el delito de Estafa. Primero, porque como se verificó y reconoció por parte de

la Juez, no resulta apropiada la tipificación del delito de Estafa en este caso. Segundo, porque la prueba sobre los desapoderamientos no cumple con el estándar de prueba vigente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que reconoce solo un supuesto posible, más no probado en el proceso.

En este punto, la Fiscalía aporta un argumento en su recurso que es relevante para valorar la prueba practicada en juicio al afirmar que las reglas de la experiencia indican que los movimientos financieros han de probarse de forma documental, sea en documento electrónico o físico. La Fiscalía sostiene que, en el contexto de la inversión en bolsa, los movimientos financieros no se prueban con testimonios, sino que se prueban con documentos; esto lo afirma el Ente Acusador en relación con las operaciones de inversión en moneda extranjera, pero si se trata de una verdadera máxima de la experiencia, debería considerarse en general para todas las operaciones financieras o de inversión, lo cual no es así.

Reitera el defensor que los extractos de las cuentas de InterBolsa de ambas denunciadas fueron debidamente aportados al proceso y de esto, poco o nada reconoce la Fiscalía General de la Nación en su recurso, aun cuando estos documentos son contundentes para afirmar la existencia de las inversiones en moneda nacional para InterBolsa, lo que desecha de plano cualquier elemento supuestamente engañoso atribuible a su prohijado. Bajo estas consideraciones, solicita confirmar la decisión impugnada, por la que se absolvió, en derecho, al señor Gustavo Palacio López.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

¹ Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negritas de la Sala de Decisión).

4.2 Problema jurídico.

El problema jurídico que se enfrenta es de carácter probatorio y se concreta a resolver el interrogante de si con la prueba que desfiló en el juicio es suficiente, conforme al baremo legal, para afirmar que los hechos pueden tipificarse tal como lo hizo la Fiscalía General de la Nación.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Tratándose de un problema jurídico de valoración probatoria, lo primero que debe determinarse es cuáles fueron los hechos probados en el juicio. Una vez determinado qué hechos se probaron de manera fehaciente y cuáles no, deberá valorarse si la prueba que desfiló en la audiencia del juicio oral es suficiente conforme a la exigencia legal para determinar la autoría y responsabilidad del acusado.

4.3.1. Los hechos probados.

- Que el señor Gustavo Palacio López laboró en Corredores Davivienda S.A (Corredores Asociados) desde el 16 de julio de 1991 hasta el 30 de julio de 2000 como corredor de bolsa. De ahí, laboró como asesor comercial de Inversionistas de Colombia desde el año 2000 hasta el año 2007 y a partir del 2007 laboró en InterBolsa Sociedad Comisionista de Bolsa hasta el 14 de enero de 2014, con contrato laboral a término indefinido como asesor comercial.
- Que Palacio López como asesor comercial de Corredores Asociados fue el asesor para asuntos de inversiones del señor Manuel Salvador Tobón -padre de la señora Nelly De Las Mercedes Tobón Gómez-; y también cuando trabajó en Inversionistas de Colombia del señor José Félix Restrepo -padre de la señora Luz Helena Restrepo Sierra-.
- Que desde 1996 era el asesor comercial y de inversiones en la empresa Corredores Asociados, de la señora Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y cuando comenzó a trabajar con la firma Inversionistas de

Colombia como asesor, Nelly de las Mercedes se retiró de la primera y se pasó con su asesor Palacio López a la segunda.

- Que desde 2003 y con ocasión del fallecimiento del señor José Félix Restrepo, Gustavo Palacio López pasó a ser el asesor comercial y de inversiones de su hija Luz Helena Restrepo Sierra en la empresa Inversionistas de Colombia.
- Que en el año 2007 Inversionistas de Colombia se transformó en InterBolsa y todos los activos, clientes e inversiones de aquella, pasaron a esta última, entre ellos, las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra, quienes continuaron con su asesor comercial Gustavo Palacio López, hasta la intervención y liquidación de InterBolsa.

4.3.2. ¿La prueba que desfiló en la audiencia del juicio oral es suficiente conforme a la exigencia legal para determinar la autoría y responsabilidad del acusado?

4.3.2.1. Partiendo de estos hechos probados, la Sala deberá valorar los argumentos absolutorios de la sentencia y los ataques presentados por la Fiscalía General de la Nación como apelante, a efectos de resolver el problema jurídico.

Para tal fin, resulta imperioso definir en qué momento el acusado desplegó el ardid engañoso mediante el cual haya producido un error en las denunciadas que las hubiese llevado a entregarle elevadas sumas de dinero con su correspondiente detrimento patrimonial. Ello, en tanto para la Juez de primera instancia sí se encontró acreditado un engaño, pero consideró que el mismo no fue persuasivo a efectos de que las supuestas víctimas le entregaran sus dineros, sino disuasivo, para que ellas continuaran con la confianza que le tenían y no ejercieran controles al interior de InterBolsa sobre el manejo que se le estaba dando a sus dineros, por lo que no encontró estructurados los elementos exigidos en la conducta punible por la que fue acusado el señor Palacio López.

Partiremos de recordar que el tipo penal de que trata el artículo 246 del Código Penal está compuesto de los siguientes elementos y su cumplimiento se debe dar en estricto orden:

“1) Presencia de artificios o engaños, con los cuales el agente altera la verdad, muestra una realidad ficticia y crea circunstancias especiales inexistentes; 2) En virtud de aquellos, logra inducir en error o mantener en el mismo a la víctima, esto es, la convence, o la disuade con el propósito de que se equivoque al dar por cierto lo falso, vea ganancia donde hay pérdida; 3) Conforme a lo anterior, ésta toma decisiones, se compromete y sigue el sendero trazado por el delincuente; 4) El agente logra el fin perseguido, con el correlativo perjuicio del damnificado.”²

La anterior descripción comportamental no puede interpretarse de manera inconexa, en tanto describe un devenir criminal estructurado que debe producirse consecencial y coherentemente para que el delito se materialice. Es decir, el provecho patrimonial obtenido por el agente y el perjuicio correlativo sufrido por la víctima debe ser consecuencia del error en que ésta es inducida o mantenida; y ese error, a su vez, debe ser consecuencia de los artificios o engaños desplegados por el agente.

4.3.2.2. Es importante en todo caso, además, precisar que en el *sub examine* el dinero objeto del detrimento patrimonial que reclaman las víctimas fue entregado al acusado en su calidad de comisionista de bolsa, para ser invertido en el mercado bursátil. También sea del caso advertir que en no pocas ocasiones los artificios o engaños que logran inducir o mantener en error al sujeto pasivo de la conducta punible a que refiere el artículo 246 del Código Penal se estructuran en negocios jurídicos de índole comercial o civil, que los autores del delito celebran con sus víctimas pues con ellos dan una apariencia de seriedad y legalidad a su proceder, en búsqueda del provecho ilícito que, como ingrediente subjetivo, reclama la norma.

Lo anterior en tanto, valga aclararlo, además de un contenido fáctico y uno jurídico³, el ingrediente normativo del provecho ilícito en la conducta punible

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 27 de febrero de 1948, reiterada en decisiones del 14 agosto de 2012 con Radicado 35254; SP del 5 de septiembre de 2012 con Radicado 27410; AP del 28 de agosto de 2013 con Radicado 41725; AP del 6 de noviembre de 2013 con Radicado 42564; SP del 16 de julio de 2014 con Radicado 41800; AP del 25 de abril de 2012 con Radicado 38764; SP del 15 de septiembre de 2011 con Radicado 34356; AP del 8 de septiembre de 2011 con Radicado 37362; SP del 28 de abril de 2010 con Radicado 32966 y AP del 7 de abril de 2010 con Radicado 33655, entre muchas otras.

³ CSJ, Sentencia del 21 de julio de 2004 con Radicado 18762.

de estafa comprende tanto un aspecto objetivo como uno subjetivo. El primero consiste en el despojo económico que la víctima sufre como consecuencia directa de las maniobras engañosas que la han inducido en error, al igual que el correspondiente beneficio patrimonial que obtiene el sujeto activo para sí o para un tercero; y, el segundo corresponde a la intención, por parte de este último, de procurarse a favor de sí mismo o de una tercera persona la ventaja patrimonial en comento. Es importante así mismo advertir que este elemento subjetivo del tipo no puede confundirse con el dolo pues la intención del provecho ilícito es un estado de ánimo que va más allá del puro saber y querer la realización de los elementos del tipo objetivo y, generalmente, se pone de manifiesto mediante la forma en que éste es obtenido.

Es así como, tal y como se dijo en precedencia, frente al empleo de esas maniobras artificiosas susceptibles de engañar o hacer incurrir en error ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de que el ocultamiento o la mentira en las negociaciones contractuales puede, perfectamente, constituir un medio adecuado de artificio o engaño. Al respecto, se ha señalado:

*“el negocio jurídico creador de obligaciones, como manifestación de la declaración de voluntad en el que una persona (deudor) se compromete a realizar una conducta en pro de otra (acreedor) a cambio de una contraprestación, puede ser utilizado como instrumento quimérico para estafar en aras de obtener un provecho ilícito con la creación previa de circunstancias especiales inexistentes que son las motivadoras de la disposición onerosa del contratante”.*⁴

Ello supone entonces que en cada caso en particular se analice en detalle la prueba practicada en juicio a efectos de establecer si nos encontramos frente a una controversia de índole contractual, es decir, un incumplimiento total, parcial o deficiente de un negocio jurídico o, por el contrario, lo que se demuestra son una serie de actos dolosamente encaminados a inducir o mantener en error -tal y como lo exige el tipo penal- a una persona con el fin de que esta se desprenda de su patrimonio y obtener así por esta vía, un provecho ilícito. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicado 44504 del año 2014, señaló:

⁴ CSJ, Sentencia del 30 de noviembre de 2006 con Radicado 21902.

*“Ahora, si bien la contratación como forma de ingreso al tráfico jurídico y comercial goza de especial protección, y con bastante frecuencia los negocios jurídicos son utilizados como instrumento quimérico para inducir en error a la persona y obtener de ella el provecho ilícito, **no siempre quien incumple la obligación acordada ubica su actuar en los terrenos penales al quedar las consecuencias nocivas de su actuar en el ámbito estrictamente civil.***

*En efecto, es claro que al incumplir lo pactado el contratante realiza un proceder antijurídico en cuanto el contrato es ley para las partes, pero dado el carácter subsidiario y de ultima ratio del derecho penal, tales incumplimientos no ingresan en la órbita protectora del ius puniendi del Estado, y en este orden de ideas, **no se debe confundir el nexo de causalidad (engaño o inducción en error y provecho ilícito) que se debe dar entre los elementos configuradores de la estafa, con el existente entre el incumplimiento del deudor y el consecuente daño para el acreedor.**”⁵ (Negrillas de la Sala)*

Corolario a lo anterior valga decir que, no por antijurídico el proceder de quien incumple, se activa frente a él las barreras penales de protección, pues como lo dice la Alta Corporación en la providencia en cita, el carácter subsidiario y de última ratio de la norma penal excluyen de la persecución a conductas que generando perjuicios pueden ser solventadas con otros remedios jurídicos. Continúa la Sala de Casación Penal en la sentencia citada, diciendo:

“El delito de estafa tiene un desarrollo secuencial, pues a la obtención del provecho se llega a través del error que en la víctima han creado los engaños exhibidos por el agente, por lo tanto, la inducción en error debe preceder al provecho ilícito y al daño, situación que al no darse evidencia la atipicidad del comportamiento.

*Huelga señalar que **el provecho económico para una persona, o el daño en el patrimonio de otra, no bastan para la configuración del delito de estafa, en cuanto es indeclinable que previamente haya mediado un artificio o engaño enderezado a inducir en error o mantener en error a la víctima, y sin tal circunstancia modal, no se configura el referido punible.**” (Negrillas y subrayas de la Sala)*

4.3.2.3. Pues bien, en el caso que se analiza realmente no hubo discusión acerca de la entrega de los dineros por parte de las denunciadas al denunciado, dineros que como se acreditó en el desarrollo del juicio, ingresaron a las cuentas que las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra tenían en InterBolsa. Sin embargo, según lo concluido por la Juez de primera instancia, no se logró acreditar que para la

⁵ SP 13691-2014, MP. María del Rosario González Muñoz.

entrega de esos dineros hubiese mediado algún tipo de engaño por parte del asesor comercial de ambas, el señor Gustavo Palacio López.

Frente a este punto, y contrario a lo afirmado enfáticamente por la Fiscalía en el recurso de alzada, considera esta Sala que razón le asiste a la *a quo* en tanto no se logró evidenciar que hubieren existido maniobras artificiosas por parte de Palacio López que condujeran efectivamente a las presuntas víctimas a realizar la entrega de dineros a las ya mencionadas entidades, pues lo cierto es que, de un lado, ellas acudieron al procesado por los buenos antecedentes que este tenía con sus padres, a quienes desde antes de la década de los 90's les había prestado sus servicios como comisionista de bolsa, generándoles rentabilidades que hicieron que estas quisieran continuar con él como su asesor comercial a efectos de la realización de transacciones de carácter bursátil.

No es cierto, como lo afirma el Ente Acusador, que el acusado haya utilizado su rol para generar confianza en las señoras Nelly de las Mercedes y Luz Helena con el fin de que estas le entregaran sus dineros a Inversionistas de Colombia y luego a InterBolsa pues, conforme a lo afirmado por ambas –y ratificado por los familiares que acudieron al juicio-, fueron ellas quienes tuvieron el impulso de buscarlo para tal efecto. No fue él quien les propuso la inversión de sus dineros en moneda extranjera, fueron ellas las que le dieron las ordenes en ese sentido buscando generar una mayor rentabilidad de sus inversiones.

Dice el censor que Palacio López animó a Nelly de las Mercedes y Luz Helena para que *“le entregaran o siguieran confiando a él los dineros que había recibido cada una de ellas por parte de sus padres”*, pero del testimonio de estas no se desprende que esto haya ocurrido de esa manera iterándose que la permanencia de ambas con ese comisionista se dio por decisión propia y unilateral, pues incluso de lo afirmado en juicio por la señora María Mónica Moreno Tobón -una de las sobrinas de Nelly de las Mercedes -, su abuelo Manuel Salvador Tobón antes de morir dio instrucciones de que *“este señor recibió de parte de mi abuelo, por orientación de mi abuelo **que nos quedáramos en esta compañía con el asesor”***.

Luego entonces en las cuentas de las sociedades comisionistas de bolsa que tenían tanto Nelly de las Mercedes como Luz Helena para antes del año 2002, ya había dineros que habían sido debidamente manejados por el aquí acusado, coligiéndose ello de las declaraciones de los propios testigos de cargo quienes dieron cuenta de la confianza que le tenían a Palacio López.

De la prueba que desfiló en juicio se desprende que no es cierto, como lo pretende hacer ver la Fiscalía, que el acusado les haya ofrecido a sus clientas Nelly de las Mercedes y Luz Helena, realizar inversiones de sus dineros en moneda extranjera pues fueron estas las que le dieron órdenes precisas en tal sentido, la primera porque según lo afirmó había vivido en México y desde ahí le cogió gusto a tener su dinero invertido en dólares -ello fue ratificado además por su sobrina Beatriz Elena Mejía Tobón-; y la segunda porque quería que las inversiones le generaran una mayor rentabilidad a efectos de asegurar la educación universitaria de su hija. Luego, se itera, no es cierto que haya sido el procesado quien hizo nacer en sus clientas la idea de realizar inversiones en el extranjero, más cuando se tiene que dentro de sus cuentas ya había inversiones de este tipo manejadas por Palacio López, desde antes del 2002.

Ahora bien, es claro que el acusado en algún momento y de alguna manera desobedeció la orden que le habían encomendado sus clientas, pues si bien parte del dinero que tuvieron en la comisionista de bolsa estuvo invertido en moneda extranjera, no existe fundamento alguno –al menos dentro del proceso- para que esto haya dejado de ser así –como en efecto ocurrió ya para cuando InterBolsa fue liquidada- pues la orden de estas no había variado, presentándose entonces a juicio de esta Sala un incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de comisión celebrado con las aquí denunciadas, lo que desestructura aún más el tipo penal de Estafa.

Según se probó de manera contundente, los dineros que tanto Nelly de las Mercedes Tobón Gómez como Luz Helena Restrepo Sierra le entregaban a su comisionista de bolsa Gustavo Palacio López, efectivamente ingresaron a sus arcas en la compañía, lo cual estas podían verificar cada que el área de auditoría o tesorería de InterBolsa les enviaba los extractos de sus saldos –

mensual o bimensualmente- y cuando les remitía los certificados para sus declaraciones de renta anuales.

4.3.2.4. Ahora, se acreditó además que el procesado periódicamente, de su puño y letra, les hacía a sus clientas una relación de lo que tenían invertido y de las utilidades que ello les estaba generando, pero de manera informal, lo cual durante tantos años de relación comercial con el acusado, ninguna de las denunciadas vio como sospechoso pues de los dichos de estas, lo que se desprende es que ambas vinieron a sentir desconfianza de su parte cuando estalló el escándalo de InterBolsa y Palacio López comenzó a ser evasivo respecto de las explicaciones que a cada una le daba sobre sus dineros, siempre prometiendo que, como fuera, se los iba a devolver.

Es así como Nelly de las Mercedes Tobón Gómez afirmó en principio que nunca recibió un solo extracto, pero después indicó *“si me dieron dos veces no me dieron tres”*; ello se contrapone cuando asevera que *“sí me llegaban unos estados de cuenta, pero a veces no”*, y luego afirmó que *“tenía unos recibos que me habían dado los Yankees desde el 2006 cuando estábamos todavía en Corredores Asociados; los Yankees informando sobre lo que yo tenía allá”*, por último aclaró que *“muy de vez en cuando me llegaban los extractos de InterBolsa, pero yo no los revisaba sino el tributario”* aduciendo que ella declaró renta por todas esas inversiones que tenía en el extranjero, lo cual le hacía su contador con toda la información que ella le pasaba. Dijo que el acusado no le entregaba nada ni le decía donde depositaba sus dineros, pero también afirmó que a veces le mandaba papeles de InterBolsa como estados de cuentas y que le decía que tenía invertidas las utilidades o los rendimientos en Panamá, o USA, o comprando acciones. Se contradujo igualmente al referir que Palacio López no le decía en qué invertía su dinero, pues sí sabía que él vendía sus acciones porque se daba cuenta que se había ganado algún dinero.

En igual sentido, Luz Helena Restrepo Sierra también partió por afirmar que a ella nunca le llegó ningún extracto de InterBolsa, pero después adujo que mensual o bimensualmente iba a la oficina de Gustavo Palacio López a conciliar los extractos de los intereses, de las inversiones y de las

reinversiones, afirmando que *“siempre que íbamos a conciliar cuentas yo llevaba los extractos anteriores y él me mostraba los intereses adquiridos”* lo cual, se itera, conforme a los dichos de la denunciante, ocurría cada mes o máximo dos.

4.3.2.5. Se acreditó así mismo que ambas denunciantes sacaron alto provecho, durante un largo lapso de tiempo, de las inversiones que Palacio López les estaba manejando; ello se desprende de las pruebas de la Fiscalía 1 y 2 para el caso de Nelly de las Mercedes y 6 y 7 para el caso de Luz Helena, también de las pruebas de la Defensa y, además, con las declaraciones de las denunciadas y sus familiares.

Pues, por ejemplo, respecto de Nelly de las Mercedes según se dijo por parte de su sobrina María Mónica *“Nelly no tiene otras entradas distintas a las inversiones porque no trabaja ni tiene más ingresos”* y entonces ello, contrastado con lo afirmado por la denunciante en juicio, da cuenta de que esas inversiones que le manejaba Palacio López le dieron para adquirir bienes raíces que posteriormente vendía y que le generaban ingresos que luego reinvertía en la bolsa de valores por intermedio de su comisionista, también le generaba ingresos con los que pudo comprar *“un cochecito”* y muebles para su casa, luego resulta falaz y contrario a la verdad afirmar que los dineros se desaparecieron; pues con las pruebas 1 y 2 de la Fiscalía quedó establecido que Nelly de las Mercedes tuvo ingresos en su cuenta por un valor que sobrepasa los \$900.000.000 y egresos por más de \$1.400.000.000 –ninguno a nombre del acusado-; transacciones que se dieron en su mayoría por cheques y transferencias, de las cuales ninguna fue aportada a este asunto.

Lo mismo puede colegirse de la señora Luz Helena quien primero afirmó en juicio que nunca retiró dinero de su cuenta de InterBolsa pero después se contradijo al afirmar que cuando necesitaba dinero llamaba a Palacio López para que le girara un cheque, de lo cual se desprende entonces que su dinero sí estaba siendo invertido y sí le estaba generando utilidades con las cuales ella contaba y de las cuales ella disponía.

4.3.2.6. Hasta este punto para la Sala es claro, contrario a lo argüido por el delegado de la Fiscalía de que esas operaciones solo se pueden probar con documentos expedidos por el Banco de la República, que en algún momento –para antes del año 2007- ambas denunciadas tuvieron algunos de sus dineros invertidos en Bonos Yankees, -Nelly de las Mercedes por un valor aproximado a los \$200.000 dólares según afirmó ella y, según su sobrina Beatriz, por valor de \$740.000 aproximadamente; y Luz Helena afirmó que por un poco más de \$9.000 dólares- pero que en algún momento esos dineros dejaron de estar invertidos en el extranjero, sin que se hubiese podido acreditar desde qué momento, pues todas las certificaciones expedidas por Fiduciaria son a partir del año 2007 y no se cuenta entonces con los movimientos de las cuentas de las denunciadas cuando estaban en Inversionistas de Colombia. No puede contrariarse la Fiscalía requiriendo de parte de la Defensa documentos expedidos por el Banco de la República cuando ni siquiera el mismo Ente Acusador aportó las certificaciones que, en punto de su apelación, reclama en tal sentido para probar los movimientos irregulares que le endilga al acusado; tampoco puede pretender la Fiscalía que se tengan en cuenta esos hechos que no hicieron parte del desfile probatorio pues, sea del caso decirlo, las argumentaciones no hacen prueba.

Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia han exigido, entre los distintos elementos típicos del delito de Estafa, una relación de causalidad, de modo que el error sea consecuencia del engaño, que el acto de disposición patrimonial sea consecuencia del error y que el perjuicio sea consecuencia del acto de disposición, esto es, la existencia de un nexo causal. Es importante así mismo resaltar que el delito de estafa se consuma en el momento en que el sujeto, inducido en error, realiza el acto de disposición patrimonial y el autor obtiene de ese modo la disposición de la cosa ajena.

Para la Sala en este caso, contrario a lo considerado por el Ente Acusador, no puede hablarse de que Palacio López hubiese engañado a las denunciadas haciéndolas incurrir en un error desde el año 2002 sobre que invertiría sus dineros en moneda extranjera, con el fin de que estas le entregaran parte de su patrimonio para lograr apoderarse para sí o para otro de esos dineros. Tampoco puede afirmarse que durante una década el acusado haya fraguado

un ardid para mantener a sus supuestas víctimas en el error sobre sus inversiones porque, lo que se colige de la práctica de la prueba es que no es del todo cierto que estas le hayan ordenado al acusado de manera exclusiva, la inversión de sus dineros en moneda extranjera. Ni mucho menos es posible afirmar que Palacio López hubiese obtenido un provecho ilícito pues ello no fue demostrado por parte del Ente Acusador, al menos no se acreditó que a las cuentas del procesado hubiesen ingresado dineros de sus clientas.

Ambas denunciantes fueron coincidentes en afirmar que algunos montos se le entregaban al denunciado para moneda extranjera y otros para ser invertidos en moneda nacional y es por ello entonces que no es posible, con lo que se tiene, afirmar más allá de toda duda que se haya entramado semejante engaño a efectos de defraudar las arcas de las denunciantes pues, se itera, los dineros de Nelly de las Mercedes y de Luz Helena sí fueron invertidos y les generaron utilidades de las cuales obtuvieron provecho.

Ahora, no puede obviar esta Sala el hecho de que no se trata de cualquier negocio jurídico de carácter comercial el que se celebró entre las denunciantes y el denunciado, es claro que se está en este caso ante inversiones en el mercado de valores mismas que por reglas de la experiencia se sabe que pueden generar gran rentabilidad, pero que también suponen un gran riesgo, ello bajo el entendido de que cuando se realiza una inversión y esta se desvaloriza el inversionista sufre un daño económico, pues pierde parte de su dinero. Tampoco puede desconocerse, porque fue de público conocimiento a nivel nacional y también mencionado en juicio aunque de manera muy superficial por parte de los testigos de cargo, el hecho de que la sociedad comisionista de bolsa InterBolsa en la que estaban invertidos los dineros de las aquí denunciantes y para la que laboraba el aquí denunciado pasó en el año 2012 de ser la principal corredora de bolsa del mercado bursátil colombiano a un descalabro de grandes proporciones que afectó financieramente y hasta el día de hoy tanto a sus clientes inversionistas – dentro de los que se encuentran incluso empresas emblemáticas- como a muchos de sus empleados.

Afirma el delegado de la Fiscalía que el perjuicio para Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra se dio en el momento en que estas, cuando estalló el escándalo, fueron a verificar el estado de sus dineros y se dieron cuenta que *“nunca, nunca hubo tales inversiones sobre las cuales se les hizo creer que existían”*, no comparte esta Sala lo dicho por cuanto, se itera, por alrededor de una década las aquí denunciadas obtuvieron rendimientos y utilidades de sus inversiones que les fueron provechosas para acrecentar sus patrimonios y, al final, cuando estalló el descalabro de InterBolsa resultó que ellas, como muchos, no contaban en realidad lo que pensaron que tenían.

Para esta Sala es muy dicente el hecho de que Palacio López le hubiese dicho a Dora Inés Hincapié Orozco, quien trabajó en la liquidación de InterBolsa desde el mes de noviembre de 2012 y hasta el año 2015, que *“estaba muy preocupado por esas inversiones, que él iba a responder por ese dinero”* insistiendo en que *“son mis clientes y quiero responder por su dinero”*; no se sabe a ciencia cierta entonces si esto, sumado a la promesa incumplida de que como fuera les devolvería sus dineros hizo parte de un engaño ya tramado, o lo hizo para que dejaran de insistir en buscarlo y reclamarle por sus dineros, o tal vez pensaba que sí podía responderles a sus clientes de su propio patrimonio, al menos con cierta suma de dinero.

Es claro que sí hubo un engaño, pero la Fiscalía no logró probar a partir de qué momento se inició el mismo, ni el nexo causal entre el perjuicio –acaecido para el año 2012- y el acto de disposición patrimonial que, según se dijo de manera ambigua por parte del Ente Acusador en su exposición de los hechos jurídicamente relevantes, se dio desde el año 2002. Lo que sí quedó demostrado es que ese acto de disposición patrimonial por medio del cual las denunciadas entregaron sus dineros a InterBolsa no fue consecuencia de ningún error producido por un engaño, pues para cuando decidieron continuar con los servicios de Gustavo Palacio López como comisionista de bolsa, estaban ante un hombre de confianza con un buen proceder para ese momento. Luego tampoco puede afirmarse más allá de toda duda que exista un nexo causal entre el perjuicio patrimonial sufrido por las denunciadas –que pudo haber sido incluso consecuencia de todo el descalabro de InterBolsa- y

el acto por medio del cual estas le entregaron sus dineros a esa empresa comisionista por intermedio del acusado.

4.3.2.7. En estas condiciones, ninguna conclusión en punto de la materialidad de la infracción y menos de la responsabilidad del acusado puede inferirse razonablemente de la prueba que desfiló en juicio, ya que no se puede afirmar el cumplimiento de los dos primeros requisitos normativos exigidos para la configuración del delito de Estafa, esto es, la presencia de artificios o engaños mediante los cuales Gustavo Palacio López hubiese logrado que las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra le entregaran un dinero para obtener por ese medio un provecho ilícito, de un lado, porque fueron estas las que acudieron a él para que fuera su comisionista de bolsa, no siendo cierto lo afirmado por el Fiscal de que él se ofreció a hacerlo con promesas falsas de inversiones en moneda extranjera y, de otro lado, porque estas en su calidad de clientes de aquel no solo le entregaron dinero única y exclusivamente para la inversión en moneda extranjera –la cual sí se dio en principio- sino también en moneda nacional y de esta sí se probó con suficiencia que había sido invertido y les generaba rendimientos y utilidades; de ahí que huelga afirmarse que no es posible tampoco afirmar que se les haya dado por cierto algo falso pues, tal y como ellas mismas lo declararon y fue ratificado por sus familiares, cuando estas requerían extraer dinero de sus cuentas de InterBolsa, ello así ocurría, siendo esta la razón por la cual siempre confiaron en esa relación comercial y hasta informal que

4.3.2.8. Ahora bien, siendo claro para esta Sala que en el *sub examine* no se superó el baremo que permita establecer los elementos estructurales del delito de Estafa que necesariamente debían haber sido acreditados por parte del Ente Acusador, se presenta la atipicidad objetiva en el actuar del acusado. Es así como los medios de conocimiento que desfilaron en el juicio no lograron el grado de confirmación necesaria de la teoría del caso de la acusación, siendo imperioso concluir que la presunción de inocencia que cobija al justiciable no pudo desvirtuarse, conforme al estándar de prueba establecido en la legislación que desarrolla el viejo aforismo, incluido en una visión política liberal del proceso penal, de que frente a la duda es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente.

Empero, si bien se itera que, conforme a lo acreditado y expuesto en precedencia, la calificación jurídica que por el delito Estafa hizo la Fiscalía General de la Nación es errada, considera esta Sala que la conducta correctamente tipificada hubiese sido por el delito de Abuso de confianza, en tanto este, a la luz del artículo 249 del Código Penal se encuentra descrito así:

“El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.”

Dicho delito es de ejecución instantánea, luego la realización del comportamiento descrito en el tipo penal, se agota en un solo momento “*aquél en el cual por vez primera se exterioriza la apropiación*”⁶. Sintetizando entonces el delito de Abuso de confianza se consuma en el momento en que el agente ejecuta el primer acto de disposición del bien o lo incorpora en su patrimonio, con ánimo de señor y dueño; siendo ese instante determinante para la contabilización, tanto del término de caducidad de la querrela, como del de la prescripción de la acción penal.

Lo anterior, para precisar que se comparte lo afirmado por la Juez *a quo* de que lo cierto es que los dineros entregados por las señoras Nelly de las Mercedes Tobón Gómez y Luz Helena Restrepo Sierra a Gustavo Palacio López, efectivamente ingresaron a sus portafolios en las comisionistas de bolsa, lo cual desacredita que el acusado se hubiese **apropiado** de los mismos y más cuando tampoco se probó que luego del acto de entrega y posterior ingreso a esas cuentas de InterBolsa, el acusado dispusiera de ese dinero para ingresarlo a su propio patrimonio.

⁶ Cfr. CSJ SP, Sentencia del 21 de octubre de 2013, Radicado 38433.

Se dijo por parte del Ente Acusador que se dio por parte de las denunciadas un contrato de mandato para la administración de valores, a efectos de que se invirtieran en moneda extranjera -y nacional-, mismo que el acusado incumplió. De ello es importante precisar que fue claro que la señora Luz Helena Restrepo Sierra le ordenó a Gustavo Palacio López la inversión en moneda extranjera de \$120.000.000 de los \$233.422.096 que le entregó y que se probó ingresaron a la cuenta de ella en InterBolsa en el mes de enero de 2010, sin que hubiese prueba de que el acusado haya cumplido dicho mandato, siendo este evento donde quizás se vislumbre medianamente el cumplimiento de los presupuestos de la conducta típica en mención –sin decir con esto que haya habido prueba para condenar por la misma-.

Y, sobre los \$62.000.000, estos fueron entregados por ella a principios del año 2003 a Palacio López cuando aún se encontraba en Inversionistas de Colombia y, según se certificó por él, fueron invertidos conforme al mandato, sin que esto se hubiese desacreditado pues lo cierto es que los movimientos certificados por Fiduciaria van del año 2007 al 2012. De esto es importante acotar que para esta Sala la existencia de esos bonos Yankees fue acreditada con la Prueba #6 de la Fiscalía siendo una certificación suscrita por el acusado y dirigida a la señora Luz Helena por medio de la cual le relaciona las inversiones que tenía vigentes para esa fecha -14 de agosto de 2003- en moneda extranjera, misma que se insiste, no fue tachada por las partes.

Sobre Nelly de las Mercedes Tobón Gómez, no pudo precisarse en concreto cuáles fueron los dineros que específicamente le entregó al procesado para inversión en moneda extranjera pues ella no fue clara sobre este aspecto –y la Fiscalía tampoco- en tanto por más de una década le entregaba dinero al acusado para que, por cuenta de InterBolsa lo invirtiera no solo en moneda extranjera sino también nacional y, por el contrario, hubo prueba de movimientos que se dieron en su cuenta entre los años 2007 a 2012.

Aunado a lo anterior, respecto de los \$355.000.000 que se dice en la acusación fueron producto de la venta de un apartamento por parte de Nelly de las Mercedes y que conforme a lo pactado se había acordado que se consignaran en su cuenta en InterBolsa, pero que fueron consignados a la cuenta de otra

persona debe precisarse que se acreditó con la Prueba #1 de la defensa que esa compraventa de bien inmueble se hizo y, en efecto, en el Informe de Auditoría –Prueba #1 de la Fiscalía- la entidad certificó que ese dinero, en principio no había ingresado a la cuenta de la denunciante sino de su hermana así *“Al revisar el extracto del cliente con el fin de verificar este ingreso, se encontró que los \$355.000.000 aparecen ingresados a la cuenta Winsiob 26560 a nombre de Nubia del Socorro Tobón Mejía”*.

Sin embargo, este error fue aclarado en juicio⁷ por la sobrina de Nelly de las Mercedes, Beatriz Elena Mejía Tobón cuando refirió que ese dinero sí ingresó a la cuenta de su mamá Nubia del Socorro Mejía Tobón, pero por un error de digitación de la cuenta Winsiob pues cuando el comprador del inmueble fue a consignar esos \$355.000.000 a InterBolsa le dictaron –quizás al confundirse con los apellidos idénticos de estas dos hermanas- el número de cuenta de su mamá Nubia, sin embargo afirmó Beatriz Elena que esa situación se aclaró y rectificó en su momento en la compañía por ella misma con papeles, soportes y consignaciones y se pudo verificar posteriormente con los extractos de la cuenta de su tía, que el error se corrigió y ese dinero fue ingresado a las arcas de Nelly de las Mercedes enfatizando en que, luego de solucionado el impase, *“no sé por qué auditoría seguía insistiendo en que esa plata le entró a Nubia, pues si se verifica el extracto de la cuenta de ella en InterBolsa no aparece nada de ese dinero en su extracto”*, es decir, el error sobre ese dinero lo tuvieron en la auditoría, pero ella –Beatriz Elena- debió aclarar nuevamente esa situación con abogados en la compañía para acreditar que ese dinero lo tenía su tía y no su mamá.

Luego no sería posible entonces establecer un juicio de reproche por estas conductas en tanto si bien sería procedente esa variación de la calificación jurídica, conforme a los presupuestos establecidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicha mutación en la calificación impacta en la contabilización de la prescripción⁸ y en la comprobación de los requisitos de procesabilidad y procedibilidad de la acción penal. Ello toda vez

⁷ A partir del minuto 2:27:00 de la sesión del 2 de septiembre de 2020.

⁸ Cfr. CSJ SP4867-2020, Radicado 57248; CSJ SP4318-2019, Radicado 54261; CSJ SP1538-2019, Radicado 49687, entre otras.

que el Abuso de confianza es un delito querellable⁹, siendo la querrela una condición de procesabilidad de la acción penal¹⁰, misma que conforme al artículo 73 del Código de Procedimiento Penal debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la comisión de la conducta punible, o desde la fecha en que desaparecieron las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que le impidieron enterarse de la comisión de la conducta punible, sin que entre la fecha de la realización de la conducta y la presentación de la querrela pueda transcurrir más de un año.

En este caso, en juicio se acreditó que Nelly de las Mercedes Tobón Gómez supo de la falta de sus inversiones en moneda extranjera el 2 de noviembre de 2012 y Luz Helena Restrepo Sierra el 3 de diciembre de 2012. Sobre la primera se señaló en el escrito de acusación que había presentado denuncia el 12 de junio de 2014, y de la segunda no se estableció dentro del proceso fecha de la misma. Siendo importante en todo caso resaltar que, con lo que se cuenta, aludiendo al delito de Abuso de confianza, habría operado la caducidad de la querrela y, consecuente con ello una acción penal que se inició a pesar de haber estado extinta; aunado a que tampoco se acreditó que, para este delito, se hubiese dado cumplimiento a la conciliación establecida en el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal, como condición de procedibilidad de la acción penal.

4.3.2.9. Ahora, respecto de la posibilidad de que se den los presupuestos para que se configure el delito de Hurto Agravado por la confianza precisa esta Sala advertir que este punible consiste en el apoderamiento de cosa mueble ajena, donde *“el agente tiene acceso a la cosa en virtud de alguna función que deba desempeñar, pero no por título alguno que le dé cierta autonomía en su manejo. Abusa de la confianza del derechohabiente, al apoderarse de la cosa, a la que tiene acceso, siendo por tanto más fácil el desapoderamiento, mereciendo por ello mayor sanción”*¹¹. Sin embargo, no nos desgastaremos en el análisis de este delito por cuanto, conforme a la acusación además de agravarlo por la confianza también habría de agravarse el Hurto conforme al

⁹ Numeral 2° del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰ Artículo 70 ibídem.

¹¹ TOCORA, Luis Fernando. Derecho Penal Especial. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá. Décimo primera edición. 2009. págs.139-140.

artículo 267 del Código Penal al tratarse de valores superiores a los 100 SMLMV, luego esto agravaría seriamente la situación jurídica del procesado¹², respecto de la pena y del término de prescripción de la misma, lo cual trasgrediría de manera grave el principio de congruencia y, con ello garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa, los principios de contradicción, inmediación, igualdad, favorabilidad, e incluso la presunción de inocencia.

4.3.2.10. Con todo, tampoco encuentra esta Sala que se tenga certeza respecto de la comisión del delito de Abuso de confianza, conforme a lo expuesto en precedencia, fundándose así una duda razonable siendo pertinente en todo caso indicar que no toda duda debe ser entendida como suficiente para obtener una sentencia absolutoria, puesto que la duda en la que se debe basar el Juez al momento de proferir una decisión frente al problema de responsabilidad puesto a su conocimiento en una decisión como la del *sub examine*; siendo preciso enfatizar que las dudas que conducen a proferir un fallo de carácter absolutorio, son las razonables u objetivas, es decir, aquellas que surgen luego de la valoración de todas y cada una de las pruebas aportadas, presidido por la sana crítica y la experiencia.

Se itera pues que la duda razonable resulta cuando del examen probatorio no es posible tener convicción racional respecto de los elementos de la responsabilidad y, por lo tanto, no se cuenta con las pruebas requeridas para proferir una decisión condenatoria que desvirtúe plenamente la presunción de inocencia; es decir que las dudas irrazonables, subjetivas o que se fundan en elementos extraprocesales, no permiten proferir una resolución favorable, cuando los elementos de la responsabilidad se encuentren debidamente probados en el expediente¹³. Por ser aplicable, resulta importante recordar en la Sentencia con Radicado 28432 del año 2007 cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó que *“si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su*

¹² Cfr. CSJ SP sentencias como la 32685 de 2011, la 45589 de 2016, la 41253 de 2015, la 43041 de 2017, la 49186 de 2017 y la 47680 de 2018, entre otras.

¹³ La Corte Constitucional, en la Sentencia C-244 de 1996 señaló: *“la duda debe ser razonable, esto es, concordante con la prueba existente en el proceso, pues mal harían la Administración o la Procuraduría, en aducir la duda como fundamento de una decisión favorable al disciplinado, cuando del acervo probatorio recaudado se concluye que sí es responsable de los hechos que se le imputan, proceder que en caso de producirse daría lugar a las correspondientes acciones penales y disciplinarias en contra de la autoridad que así actuara”*.

Radicado: 05-266-60-00203-2014-90247
Procesado: Gustavo Palacio López
Delito: Estafa Agravada

demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales”¹⁴.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia del 5 de abril de 2021, por medio de la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín absolvió a Gustavo Palacio López del delito de Estafa Agravada.

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

¹⁴ MP. María del Rosario González de Lemos.

Radicado: 05-266-60-00203-2014-90247
Procesado: Gustavo Palacio López
Delito: Estafa Agravada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. A. B.', with a large, sweeping flourish on the right side.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado