República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado ponente

SP1281-2024
Radicado N° 57851.
Acta 127.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

V I S T O S

Sala Casación Penal@ 2024

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, el 20 de febrero de 2020, mediante el cual confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santander de Quilichao, el 24 de enero de 2019, que los condenó en calidad de intervinientes penalmente responsables del delito de *peculado por apropiación agravado,* en concurso heterogéneo con el reato de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales.*

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

Los hechos ocurrieron entre los meses de mayo y octubre del año 2008, en Santander de Quilichao, Cali y Bogotá, durante la época en la que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL ocupaba el cargo de gerente (e) de la Empresa Social del Estado Hospital Francisco de Paula Santander, de Santander de Quilichao.

Sala Casación Penal@ 2024

A su vez, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, ejercía la función de gerente y accionista mayoritario de la sociedad Probolsa s.a.; JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO se desempeñaba como asesor comercial de Probolsa s.a.; y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se desempeñaba como gerente de inversión de la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a.

HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ idearon un plan criminal dirigido a engañar a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, con la única finalidad de apropiarse de los dineros del hospital que ella gerenciaba.

Así, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO desplegaron múltiples y variadas estrategias con las que transfiguraron la verdad, con la

intención de hacerle creer a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, que a través de la empresa Probolsa s.a., podía invertir los excedentes de liquidez del hospital que gerenciaba, en la adquisición de productos del mercado público de valores.

MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, producto de los engaños a los que fue sometida, estaba convencida de que la propuesta de inversión presentada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO era seria, segura, confiable, rentable y beneficiosa para el hospital.

Como consecuencia del error en el que fue inducida, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL les entregó a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ un cheque por valor de $250.000.000 y un CDT por la suma de $400.000.000, el cual fue vendido días más tarde por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ en el mercado público de valores de manera abiertamente ilegal, por un precio de $401.712.000, dinero que fue consignado en una cuenta bancaria de Probolsa s.a., para un total de **$651.712.000**.

Sala Casación Penal@ 2024

HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en lugar de destinar el total del dinero entregado por el Hospital ($250.000.000 en un cheque más el valor producto de la venta del CDT por $401.712.000, para un total de $651.712.000) en la adquisición de un Título de Tesorería TES, conforme la propuesta de inversión que le habían presentado a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, sólo

destinaron la suma de $334.807.916 para tal propósito, de modo que se apropiaron del saldo restante.

En ese periodo, por consecuencia de lo pactado y para soportar la permanencia del engaño en el tiempo, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO a título de supuestos intereses del TES, entrego al hospital, en varias cuotas, la suma de $37.104.480.

Por lo tanto, la suma que fue objeto de apropiación ilícita por parte de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ corresponde a **$279.799.604,** con lo cual obtuvieron un provecho económico ilícito en detrimento del patrimonio del hospital.

@Sala Casación Penal@ 2024

MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL obró de manera imprudente y negligente dado que *(i)* no examinó de manera meticulosa la supuesta propuesta de inversión presentada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ; *(ii)* no hizo ninguna labor dirigida a verificar la naturaleza jurídica de la empresa Probolsa s.a. y si estaba o no autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para realizar actividades de intermediación en el mercado público de valores; y *(iii)* no adelantó ninguna labor dirigida a verificar la relación entre Probolsa s.a. y Serfinco s.a.; ello, junto con su inexperiencia e ignorancia en temas administrativos y del mercado bursátil, condujo a que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y

JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se apropiaran ilícitamente de los bienes del hospital.

2. Procesales

Previa solicitud del Fiscal 12 de la Unidad Nacional Anticorrupción, el 19 de septiembre y 12 de diciembre de 2012, y el 13 de junio de 2013, se realizó ante los Juzgados Primero y Segundo Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías de Santander de Quilichao, la audiencia preliminar de formulación de imputación contra JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, respectivamente.

Sala Casación Penal@ 2024

A JUANITA IRAGORRI LÓPEZ[1], JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO[2] y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ[3], se les atribuyó la comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en concurso heterogéneo con el reato de *peculado por apropiación agravado* -por la cuantía-, en calidad de intervinientes; y a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL se le enrostró la comisión de los mismos delitos, pero en calidad de autora[4] (artículos 410, 397 inciso 2º, 58 numeral 10 y 31 de la Ley 599 de 2000), cargos que no fueron aceptados por los implicados.[5]

[1] Audiencia del 19 de septiembre de 2012, partir del récord 1:10:29.
[2] Audiencia del 12 de diciembre de 2012, a partir del récord 1:02:04.
[3] Audiencia del 13 de junio de 2013, a partir del récord 59:46
[4] Audiencia del 12 de diciembre de 2012, a partir del récord 1:02:04.
[5] Juanita Iragorri López, a partir del récord 1:32:09. José Fernando Naranjo Zambrano, a partir del récord 1:24:19 y Melva Lilia Vargas Sandoval a partir del récord 1:23:45.

El 18 de diciembre de 2012 y el 26 de junio de 2013, el fiscal presentó dos escritos de acusación, el primero, contra JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL; y, el segundo, contra HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, los cuáles les correspondieron, en su orden, a los Juzgados Primero y Segundo Penales del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santander de Quilichao, ante los cuales se llevó a cabo la audiencia para tal fin, el 5 de abril y el 8 de julio de 2013, respectivamente, oportunidades en las que la fiscalía los acusó por los mismos delitos imputados.[6]

Sala Casación Penal@ 2024

Una vez se decretó la conexidad de ambas actuaciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 51 de la Ley 906 de 2004, los días 11 de junio de 2014, 11 de septiembre de 2015, y 10 de agosto de 2016, se celebró la audiencia preparatoria.

El juicio oral inició el 23 de febrero de 2017, y luego de varias sesiones, concluyó el 24 de enero de 2019 con el anuncio del sentido del fallo de carácter condenatorio, misma fecha en la que se dio lectura de la sentencia por cuyo medio se condenó a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, en calidad de intervinientes penalmente responsables del delito de *peculado por apropiación agravado*, en concurso heterogéneo con el reato

[6] A partir del récord 55:38 y a partir del récord 56:01.

de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, a 129 meses y 29 días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía equivalente a $209.850.243.

Y, a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, en calidad de autora penalmente responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, a favor de quien se reconoció la circunstancia descrita en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, se le impuso una pena de 32 meses de prisión, multa en cuantía equivalente a 33.33 s.m.l.m.v. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 40 meses. Respecto del delito de *peculado por apropiación* agravado, se consideró que la conducta cometida por MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL se adecúa al reato de peculado culposo, respecto del cual se decretó la prescripción de la acción penal.

Sala Casación Penal@ 2024

Contra la anterior decisión, los defensores de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, y el delegado de la Fiscalía General de la Nación, interpusieron recurso de apelación; el Juzgado, mediante auto del 20 de febrero de 2019[7], resolvió *(i)* aceptar el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el defensor de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL; *(ii)* declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ; y *(iii)* conceder el recurso de apelación

[7] A folio 24, cuaderno 4.

formulado por los defensores de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, y por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del 20 de febrero de 2020, confirmó el fallo confutado, decisión en contra de la cual los defensores de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO interpusieron y sustentaron recurso extraordinario de casación.

La Corte, a través del auto CSJ AP346-2022, Rad. 57851 admitió las demandas de casación formuladas a favor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, e inadmitió la presentada por el defensor de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL.

Sala Casación Penal@ 2024

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal refirió que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar, de un lado, si el *A-quo* erró al momento de condenar a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL por el delito de *peculado culposo* y no por el reato de *peculado por apropiación agravado,* y por reconocer a su favor la circunstancia prevista en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, respecto del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales;* y de otro, si hay lugar a absolver a

JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO por los delitos por los que fueron condenados.

Inicialmente, el Tribunal hizo un análisis de los elementos estructurales de los tipos penales en mención y seguidamente procedió a examinar de los elementos de prueba, para concluir que el *A-quo* no incurrió en ningún error al adecuar el comportamiento de VARGAS SANDOVAL, DENTRO DEL ESPECTRO del *peculado culposo*, en tanto, se probó que la procesada, de manera imprudente y negligente, dispuso de unos dineros del Hospital Francisco de Paula de Santander de Quilichao, a favor de Probolsa s.a. y Serfinco s.a., pero no de manera dolosa, pues, «ignoraba que Probolsa, valiéndose del poder suasorio de sus asesores y artimañas, se iba a quedar con parte de los recursos públicos por ella entregados para realizar el supuestamente rentable negocio».

Sala Casación Penal@ 2024

De otro lado, se indicó que la procesada incurrió en el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, porque no acató las previsiones legales descritas en los artículos 15 y 49 del Decreto 1525 de 2008, y las Leyes 819 de 2003 y 80 de 93; sin embargo, tal conducta la cometió bajo un error vencible, pues, «no obstante haber sido sumergida por HÉCTOR JAIRO, JOSÉ FERNANDO y JUANITA en una equivocación, si hubiera sido más meticulosa y precavida, seguramente superaría el yerro de creer que su comportamiento estaba avalado por la ley».

Por otra parte, el Tribunal estimó probado que JUANITA IRAGORRI LÓPEZ «en alianza criminal con JOSÉ FERNANDO NARANJO

ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, en ese orden, asesor financiero y gerente de PROBOLSA, tejieron una hábil estrategia que les sirvió para inducir en error a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, gerente encargada del Hospital Francisco de Paula Santander, que culminó con la entrega a ellos de una importante suma de dinero del erario».

Asegura que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO se presentó ante VARGAS SANDOVAL, como enviado de la Gobernación del Cauca y representante de las empresas Probolsa y Serfinco, y le ofreció un negocio de inversión «rentable y seguro», en el que también estaba involucrado el Banco de la República, lo que le generó confianza a la funcionaria.

Sala Casación Penal@ 2024

La propuesta de negocio, «denominada por los asaltantes como "Nota Estructurada" con activo subyacente TES», por un valor de $650.000.000, a una tasa de interés del 12% E.A., con rendimientos mensuales de $6.167.715, fue apalancada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, quien le aseguró a VARGAS SANDOVAL, que con esa forma de inversión quedaba garantizado el capital, pese a que ambos conocían de la impropiedad de la propuesta, en tanto, el producto ofrecido en realidad no encajaba en una "nota estructurada", y, además, no estaban en posibilidad de ofrecer el producto financiero, porque Probolsa no era una sociedad comisionista de bolsa.

Entramado criminal en el que participó JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, funcionaria de Serfinco, quien *(i)* sabía que Probolsa

no podía fungir como mediador en el mercado de valores, *(ii)* conocía del estado de liquidación de Probolsa, *(iii)* se unió a la empresa criminal desde el inicio, razón por la que NARANJO ZAMBRANO se presentó como representante de ambas empresas; y *(iv)* fue quien suscribió el formato de vinculación del Hospital a Serfinco; participación que resultaba imprescindible, porque Serfinco era la sociedad comisionista de bolsa. Además, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ tenía la obligación de asesorar a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL «sobre las actividades a las que se estaba sometiendo al pactar con ellos y PROBOLSA, empero, no lo hizo, pues era consciente del ardid de que se trataba».

Sala Casación Penal© 2024

De otro lado, dice el Tribunal que de las conversaciones telefónicas sostenidas entre JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ «se extrae sin dubitaciones la confabulación que había entre ellos para esquilmar los dineros públicos del Hospital», en tanto, en tales comunicaciones, «Se percibe a JUANITA compartiendo ideas con su secuaz HÉCTOR JAIRO, sobre cómo perfeccionar los ilícitos negocios y así, sacar utilidades para ambos».

Por último, se indicó que no le asiste razón al defensor cuando asegura que no es posible condenar a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ como interviniente del delito de *peculado por apropiación* «toda vez que no hay autor», pues, la Corte ha establecido que nada impide que el interviniente sea declarado responsable, así no se haya logrado identificar o juzgar a quien actuó como sujeto activo calificado. Cita apartes de las decisiones CSJ SP3874-2019, Rad. 52816, SP, 22 agost. 2008, Rad. 26483.

Sobre el tema, el Tribunal refiere que en este caso «es innegable que, (i) estuvo involucrada una servidora pública, (ii) con capacidad para disponer de los recursos oficiales, (iii) que entregó dineros del Estado a particulares y (iv) que estos recursos fueron apropiados por éstos, de ahí, que resulte válido efectuar el debido reproche punitivo contra IRAGORRI LÓPEZ y los funcionarios de PROBOLSA a título de intervinientes, esto, sin que sea necesario el juzgamiento o siquiera la identificación, del sujeto activo calificado».

Por lo anterior, el Tribunal confirmó la sentencia impugnada.

Sala Casación Penal@ 2024

LAS DEMANDAS

1. Demanda formulada a favor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ

El recurrente, luego de identificar los sujetos procesales, la sentencia impugnada, la finalidad del recurso, los hechos juzgados y la actuación procesal relevante, pasa a formular cuatro cargos, los cuales se sintetizan así:

Primer cargo: Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes

Con fundamento en el numeral 2º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el actor plantea la nulidad de la actuación,

dado que para la fecha en que se emitió la sentencia de segunda instancia -20 de febrero de 2020- ya había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal respecto del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales.*

Pide, así, que se disponga la nulidad parcial de la actuación, se decrete la prescripción de la acción penal con relación a este reato y, en consecuencia, la preclusión de la investigación a favor de su defendida.

En orden a fundamentar su censura, refiere lo siguiente: *(i)* el 19 de septiembre de 2012, se formuló imputación contra JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en calidad de interviniente del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; *(ii)* el referido delito establece una pena de 64 a 216 meses de prisión, guarismos que, disminuidos en una cuarta parte por el grado de participación enrostrado -interviniente- arroja como resultado 48 a 162 meses de prisión; *(iii)* con la audiencia de formulación de imputación se interrumpe el término de la prescripción, el cual se empieza a contabilizar nuevamente por la mitad, para el caso, 81 meses; *(iv)* la imputación se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2012, lo que significa que el referido término fenecía el 19 junio de 2019, sin embargo, la sentencia de segunda instancia se emitió el 20 de febrero de 2020, es decir, cuando ya había operado el fenómeno de la prescripción; y, *(v)* no se pueden aplicar los aumentos punitivos previstos en los incisos 5º y 6º del artículo 83 del

Sala Casación Penal@ 2024

Código Penal, dado que la procesada no es servidora pública ni la conducta se inició o consumó en el exterior.

Por lo tanto, comoquiera que el fenómeno ocurrió antes de que se emitiera la sentencia de segunda instancia, solicita a la Corte que decrete la nulidad parcial del fallo, para que se declare la prescripción de la acción penal por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial

El defensor, después de traer a colación apuntes doctrinales y jurisprudenciales sobre la figura del interviniente y la coautoría, concluye que la intervención sólo se presenta en casos de coautoría, en tanto, exige la participación dolosa del sujeto calificado, pues, «sólo a un autor principal doloso pueden unirse sujetos que carecen de las "calidades especiales exigidas por el tipo penal", con el fin de ejecutar, con división de trabajo, o, si se quiere, mancomunadamente, un determinado hecho punible doloso».

@Sala Casación Penal@ 2024

Dicho esto, refiere que la Fiscalía formuló imputación en contra de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, en calidad de autora dolosa de los delitos de *peculado por apropiación* y *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, dada su condición de servidora pública, y a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, como intervinientes de los mismos reatos; sin embargo, la primera

fue finalmente condenada como autora del delito de *peculado culposo*, conducta respecto de la cual se decretó la extinción de la acción penal.

La condena en contra de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL por el delito de *peculado culposo* excluye la posibilidad de endilgarle responsabilidad penal a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ en calidad de interviniente del delito de *peculado por apropiación*, porque tal forma de atribución jurídica exige la coautoría necesariamente dolosa del sujeto activo calificado, misma que fue descartada por los jueces de instancia. Así mismo, excluye la posibilidad de que sea condenada como interviniente del delito de *peculado culposo,* porque en los delitos de esta naturaleza no hay lugar a la coautoría.

Sala Casación Penal@ 2024

El defensor refiere que en la sentencia impugnada se descartó que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL hubiese acordado con JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, desfalcar el erario del Hospital Francisco de Paula Santander, por lo que la falta de acuerdo común entre el sujeto activo calificado y los intervinientes que no tiene las calidades exigidas en el tipo penal, impide que se les atribuya a éstos una conducta que solo puede ser cometida por quien detenta la calidad especial y que se extiende al interviniente, precisamente, en virtud del convenio.

Asegura que el Tribunal realizó una errada aplicación de la jurisprudencia de la Corte, pues, el que no pueda identificarse o juzgarse al *intraneus,* no significa que «en tales casos, se quiebre la "coautoría interviniente" y entonces puedan ser absorbidos en tal figura, pese a ser *extraneus*, sujetos que no obran dolosamente o, si se quiere, autores culposos, o que esa figura pueda ser extendida a delitos culposos».

Dice, además, que puede suceder que no se llegue a identificar o a declarar la responsabilidad del sujeto activo calificado, sin embargo, siempre debe haber certeza de la existencia de un autor doloso, que en este caso fue descartado, en tanto, se concluyó que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien era la persona que reunía la condición exigida en el tipo penal de *peculado por apropiación,* actuó con culpa, de ahí que su conducta fue encuadrada en el delito de *peculado culposo.*

Sala Casación Penal@ 2024

Por lo tanto, considera que en el presente asunto se incurrió en el yerro alegado, por aplicación indebida de los artículos 30 y 397 del Código Penal, de modo que, su representada debe ser absuelta por el delito de *peculado por apropiación agravado.*

Tercer cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial

El defensor refiere que en el presente asunto se probó que el Hospital Francisco de Paula Santander, a través de la

gerente MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, realizó un contrato de mutuo con Probolsa, a través del cual la primera le entregó un cheque por $250.000.000 y un CDT por $400.000.000, a la segunda, y ésta última se comprometió a entregar las referidas sumas a un plazo y con intereses, con una garantía sobre un T.E.S. -Título de Tesorería-; negocio por el que Probolsa s.a. pagó al hospital rendimientos mensuales. Así, no entiende por qué se acusó a su representada, por los delitos tantas veces referidos.

Es cierto, dice el defensor, que el único problema consistía en que se trataba de fondos públicos, sin embargo, ello era un asunto de incumbencia exclusiva de MELVA LILIA, de quien se descartó su participación en el delito de *peculado por apropiación.*

Sala Casación Penal@ 2024

Refiere que en ese contrato de mutuo solo participaron MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL -gerente del hospital-, y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ -asesor y gerente de Probolsa, respectivamente-, no así JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, por lo que no se le puede endilgar ninguna responsabilidad, más aún, cuando su intervención ocurrió después de que el contrato de mutuo se encontraba perfeccionado.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y que, en consecuencia, se absuelva a su

defendida, dada la atipicidad objetiva del comportamiento endilgado.

Cuarto cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial

En las sentencias de instancia se reconoció que la cuantía del *peculado por apropiación* asciende a la suma de $651.712.000, de los que Probolsa reintegró el valor de $371.911.676, por lo que la pena de multa se redujo a $279.800.324, la cual fue disminuida en ¼ parte, conforme al inciso final del artículo 30 del Código Penal, para finalmente imponer pena pecuniaria de $209.850.243.

@Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, pese a que se reconoció que Probolsa reintegró la referida suma de dinero, los falladores inaplicaron el artículo 401 del Código Penal, norma que obligaba a rebajar la pena en ¼ parte, dado que el reintegro parcial se produjo antes de que se hubiera iniciado la investigación.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para que se rebaje la pena en la forma referida.

2. Demanda formulada a favor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO

El recurrente, luego de identificar la sentencia impugnada, la actuación y los sujetos procesales, formula seis cargos, los cuales a continuación se pasan a sintetizar.

Primer cargo: Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes

En orden a fundamentar su censura, refiere que su representado fue condenado en calidad de interviniente responsable del delito de *peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo*, sin embargo, en las instancias se declaró que la coprocesada MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien fue convocada a juicio en calidad de autora de ese delito, en su condición de gerente de la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, es responsable por el reato de *peculado culposo,* porque se encontró probado más allá de toda duda razonable que la funcionaria fue inducida en error por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ.

Sala Casación Penal@ 2024

Ello, dice el defensor, impide que su representado sea condenado como interviniente del delito de *peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo,* pues, dicha forma de participación supone la existencia de un autor responsable que sí reúna las calidades del tipo penal. Los jueces, entonces, incurrieron en un error de motivación.

Por lo anotado, solicita que se decrete la nulidad de lo actuado, a partir de la emisión del sentido del fallo.

Segundo cargo: Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes

El defensor refiere que en el presente asunto se violó el debido proceso y el derecho de defensa del procesado HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, pues, pese a que durante el trámite del juicio oral se conoció que el implicado se encontraba a órdenes del INPEC, el profesional del derecho que lo representaba no adelantó ninguna labor dirigida a lograr su comparecencia al juicio.

@Sala Casación Penal@ 2024

La inactividad del defensor incidió negativamente en los derechos del procesado, en tanto, implicó que *(i)* no se acreditara en el juicio que BONILLA LÓPEZ había reintegrado la suma de $371.000.000, *(ii)* se violara el principio de *non bis in ídem,* pues, un mismo hecho -la coautoría- fue valorado dos veces; *(iii)* no se interpusiera recurso de apelación; y, *(iv)* no se reconociera a su favor ningún subrogado penal.

Por lo tanto, solicita que se decrete la nulidad de lo actuado «hasta la audiencia de individualización alegatos en juicio oral, inclusive, pues de esta manera se restablecer (sic) las garantías del debido proceso y derecho de defensa material de mi prohijado, permitiéndole la oportunidad de demostrar que en realidad de verdad

hizo reintegros y demás temas relacionados con los hechos, y siguiendo las directrices jurisprudenciales sobre la materia, **y como consecuencia de lo anterior disponer su libertad inmediata por este asunto, pues se me informa por parte de un hermano del señor BONILLA LÓPEZ que fue condenado por otro proceso».**

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial

Refiere que en el presente asunto se incurrió en el yerro alegado, por aplicación indebida de los artículos 30 y 390 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 246 *ibidem.*

Así, después de transliterar apartes de varias decisiones de la Sala relacionadas con la figura del interviniente prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, señala que en este asunto se declaró judicialmente que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL fue inducida en error por varias personas para que entregara dineros públicos de la entidad que gerenciaba, hechos que no se adecuan al delito de *peculado por apropiación,* sino al reato de estafa descrito en el artículo 246 del Código Penal, de modo que, en este caso se produjo una errada adecuación típica.

Sala Casación Penal@ 2024

La solución, entonces, sería emitir condena en contra de su representado por el delito de *estafa,* si no fuera porque con ello se vulneraría el principio de congruencia, en tanto, dicha variación implicaría una modificación de los hechos jurídicamente relevantes, aunado a que los dos delitos atentan contra bienes jurídicos diferentes.

Por lo tanto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para que declare a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, penalmente responsable por el delito de *peculado por uso,* tipificado en el artículo 398 del Código Penal, sin embargo, como esa conducta esta prescrita, así debe declararse.

Cuarto cargo: Violación directa de la ley sustancial

Refiere que en la sentencia de primera instancia se indicó que el monto de lo apropiado correspondió a la suma de $651.712.000, de la cual se reintegró $371.911.676, por lo que el valor de lo ilícitamente apropiado corresponde a la suma de $279.800.324.

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, pese a que se acreditó un reintegro parcial de lo apropiado, los jueces dejaron de aplicar el inciso 3º del artículo 401 del Código Penal, que establece una disminución punitiva de una cuarta parte cuando se produzca el reintegro parcial de lo apropiado.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para que se reconozca a los procesados la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el inciso 3º del artículo 401 del Código Penal.

Quinto cargo: Violación directa de la ley sustancial

El apoderado señala que en este caso se incurrió en una aplicación indebida del numeral 10º del artículo 58 del Código Penal, que condujo a la violación del principio de *non bis in ídem,* dado que un mismo hecho -la participación de varias personas en la comisión del delito- fue valorado dos veces para, de un lado, condenar a los procesados como coautores, y luego, en aras de dosificar e imponer la pena a partir de los cuartos medios, conforme la circunstancia de mayor punibilidad descrita.

Sala Casación Penal@ 2024

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, a fin de que se elimine de la condena la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal.

Sexto cargo: Violación indirecta de la ley sustancia por error de hecho por falso juicio de identidad

El profesional del derecho asegura que, en este caso, los falladores valoraron de manera errada las siguientes pruebas: *(i)* «La certificación o constancia expedida por COOPJIREH…en la cual se acredita la vinculación laboral del señor NARANJO ZAMBRANO en la firma Probolsa s.a…»; *(ii)* «Registro de audios recaudados en Serfinco s.a.». y *(iii)* el testimonio de *Manuel Gonzalo Álvarez Ríos.*

En cuanto a las dos primeras, asegura que con la certificación se acredita que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO se vinculó con la empresa Probolsa s.a. en el mes de octubre de 2007, como asesor comercial; y las comunicaciones dan cuenta de que el plan criminal se orquestó el 12 de octubre de 2007, fecha para la cual NARANJO ZAMBRANO, no se había vinculado con Probolsa s.a., por lo que «tratar de irradiar los efectos probatorios de esa conversación al supuesto compromiso de mi prohijado resulta ilógico»; además, los hechos por los que los implicados fueron llamados a juicio se gestaron el 22 de mayo de 2008, razón por la cual, esa comunicación anterior no puede dar cuenta del supuesto desfalco del Hospital, sumado a que tales interlocuciones se relacionan con inversiones en el departamento de Nariño y no en Cauca.

Sala Casación Penal@ 2024

Con relación al testimonio de *Manuel Gonzalo Álvarez Ríos,* señala que en la sentencia de primera instancia se indica que existen «innumerables comunicaciones» entre los procesados, que acreditan «la existencia de un orquestado e ingenioso plan para seducir a los entes territoriales»; sin embargo, todas las comunicaciones intervenidas corresponden al mes de octubre de 2007, y hacen referencia al departamento de Nariño.

Por otra parte, las comunicaciones sostenidas entre JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, revelan que la primera pretendía que el segundo lograra que

la gerente del Hospital firmara una carta en la que se eximía de toda responsabilidad a Serfinco s.a., a lo que éste se negó con vehemencia y «al saberse instrumentalizado no se iba a prestar para esa burla y fue enfático en decirle tanto a su jefe como a la señora JUANITA que de ninguna manera iba a cohonestar con triquiñuelas de tal extirpe, lo cual explica que hubiera procedido a presentar renuncia»; hecho que sin duda descarta su participación en el entramado criminal.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para que, en su lugar, se absuelva a su defendido.

Sala Casación Penal@ 2024

Sustentación de la demanda

1. Los defensores de los procesados

Los profesionales del derecho expusieron argumentos similares a los plasmados en las demandas de casación.

2. El delegado de la Fiscalía General de la Nación

Con relación a la demanda formulada por el defensor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, en lo relacionado al primer cargo de casación, dado que, para cuando se emitió la sentencia de segunda instancia ya había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal respecto del delito de *contrato sin*

cumplimiento de requisitos legales, decisión que debe hacerse extensiva al procesado JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, pues, si bien, interpuso recurso extraordinario de casación, no presentó ningún cargo en este sentido.

No así a los coprocesados HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, puesto que, respecto de ellos la sentencia de segunda instancia quedó "ejecutoriada" antes de operar el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la segunda censura, refiere que ambos impugnantes deben ser condenados como *intervinientes,* dado que «como miembros de la empresa PROBOLSA y SERFINCO, actuaban mancomunadamente ofreciendo sus productos como las famosas NOTAS ESTRUCTURADAS con el fin de captar dineros de entidades públicas y disponer de ellos, engañando a los representantes de estos entes con la verdadera naturaleza del negocio que les proponían, toda vez, que dichas notas estructuradas solo las podían emitir los bancos o entidades financieras…», hecho por el que respondió MELVA LILIA, respecto del delito de *peculado culposo;* sin embargo, dice el delegado, «no es la pena impuesta a la citada funcionaria por su nueva condición de autora de peculado culposo, sino de la infracción descrita en el tipo penal, porque no podría hablarse de ellos como unos determinadores culposos. Recuérdese que en el juicio se acreditó que la Contraloría General del Cauca Sancionó a MELVA por culpa grave y a PROBOLSA por dolo por estos mismos e idénticos hechos».

@Sala Casación Penal@ 2024

En cuanto al tercer cargo, refiere que no es cierto que la conducta desplegada por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, sea atípica, dado que se probó que en connivencia con JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ engañaron a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, y lograron que ella les entregara la suma de $650.000.000, «dineros de los que se apoderaron en buena parte y que acorde con el perito financiero se entregaron por la funcionaria sin saber que estaba en el fondo firmando un contrato de mutuo, y obviamente determinando que se transgredieran las normas de la contratación estatal, actuar sin lugar a dudas doloso, y por lo cual fueron condenados como INTERVINIENTES».

Sala Casación Penal@ 2024

Por último, refiere que el cuarto cargo propuesto no está llamado a prosperar, porque no es cierto que en este caso se hubiera producido el reintegro parcial de lo apropiado.

Con relación a la demanda formulada por el defensor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, señala que ninguno de los cargos formulados tiene soporte adecuado.

Así, con relación al primer cargo reitera los argumentos expuestos al momento de referirse al primer cargo formulado en la demanda presentada a favor de IRAGORRI LÓPEZ.

En cuanto al segundo cargo, señala que no se debe considerar, dado que respecto del procesado HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, no se admitió la demanda de casación, lo que significa que, en su caso, la sentencia de primera instancia

quedó ejecutoriada cuando se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto.

Respecto del tercer y cuarto cargos, reitera que la tipificación de la conducta cometida por NARANJO ZAMBRANO se encuentra ajustada a la legalidad. Además, no es cierto que los procesados hayan reintegrado, siquiera parcialmente, el monto de lo apropiado.

En cuanto al quinto cargo, asegura que el delito de *peculado por apropiación* es monosubjetivo, de modo que no requiere un sujeto activo plural, «por tanto, no hubo una doble valoración por los falladores al aplicar tal incremento punitivo, como tampoco se puede alegar violación al principio de legalidad de la pena».

@Sala Casación Penal@ 2024

Por último, refiere que no le asiste razón al defensor, por las siguientes razones: *(i)* el que el procesado haya sido vinculado a Probolsa en octubre del 2007, «no prueba que no conocía el modus operandi de la sociedad»; *(ii)* el que en las comunicaciones intervenidas no se mencione al procesado o al hospital, no descarta su responsabilidad, pues, «lo que allí se está valorando es precisamente el modo de operar de la empresa PROBOLSA con SERFINCO y quienes intervenían en esos negocios, que sí está reflejado en las conversaciones, para dar por probado que estas empresas sí estaban contactando a varios representantes de entidades públicas para proponerle un negocio, donde PROBOLSA y SERFINCO pasaban a disponer de recursos públicos como si fue parte de su patrimonio y además incumpliendo los pagos de intereses y devolución de tales recursos», y *(iii)* contrario a lo referido por el defensor,

la conversación mencionada por el casacionista, de fecha 24 de septiembre de 2008, refleja que el implicado sí estaba enterado de los procedimientos ilegales de Probolsa.

3. La Procuraduría General de la Nación

Con relación a la demanda formulada por el defensor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, solicita a la Corte casar la sentencia por el primer cargo formulado, con similares argumentos a los expuestos por la Fiscalía.

Respecto del segundo cargo de la demanda formulada por el defensor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, y primero y tercero de la demanda presentada a favor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, indica que el problema jurídico a resolver consiste en establecer «cuál es la tipicidad y la responsabilidad penal atribuibles» al *extraneus,* en aquellos eventos en los que la responsabilidad del *intraneus* se colige a título de culpa.

Sala Casación Penal@ 2024

A fin de dar respuesta al problema, y luego de transliterar apartes de las decisiones CC C-1122/08 y CSJ SP3874-2019, Rad. 52816, refiere que «el extraneus que accede al rol funcional del sujeto calificado, ya sea como determinador o cómplice de la conducta, detenta la calidad de interviniente en el delito especial, con abstracción del hecho conforme al cual, el sujeto activo calificado actúe o no con conocimiento de la ilicitud… Por lo cual, si bien para el caso de la determinación en el delito, el extraneus no concita en sí las circunstancias especiales del comportamiento agravado, lo que explica y justifica la reducción sancionatoria, no sólo no resulta ajeno a la

configuración del comportamiento, sino que es su real estructurador, mediante la utilización de las facultades funcionales del intraneus, simple instrumento del comportamiento…», por lo tanto, «a efectos de entronización del delito como coautor interviniente, no es menester demostrar los pormenores de un específico acuerdo criminal, sino la comisión de la conducta por el sujeto activo cualificado –este primero a título de dolo o culpa, en el caso de la determinación- y el aporte fundamental del particular para su realización».

Dice, entonces, que «ni la estructura del principio unitario de imputación sufre alteración por virtud del reconocimiento de la condición de ausencia de dolo en el intraneus, pese a la desatención culposa de sus deberes funcionales, ni la materialización del punible especial impone la participación dolosa en el mismo de aquel, pues la materia calificante del delito lo constituyen tanto el uso de las facultades públicas como el objeto sobre el cual recae la acción».

Sala Casación Penal@ 2024

Con base en lo anterior, refiere que los impugnantes deben responder como intervinientes del delito de *peculado por apropiación agravado,* pues, mediante la utilización de las funciones públicas de MELVA LILIA, a lo cual accedieron induciéndola en error, lograron apoderarse de bienes públicos.

Respecto del cuarto cargo de las demandas formuladas por los defensores de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, asegura que desde la acusación quedó claro que, si bien, el Hospital desembolsó la suma de $651.712.000, el monto de la defraudación se fijó en $279.800.324, suma respecto de la cual no se produjo

reintegro alguno, por lo que no hay lugar al reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 401 del Código Penal.

Con relación al quinto cargo de la demanda formulada a favor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, señala que, contrario a lo referido por el defensor, los tipos penales de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales no exigen para su correcta adecuación, de la pluralidad de autores.

@Sala Casación Penal@ 2024

Y, finalmente, asegura que el sexto cargo tampoco está llamado a prosperar, dado que el defensor no logró acreditar la trascendencia de los supuestos errores de valoración alegados.

CONSIDERACIONES

Conforme se desprende del numeral 1° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para resolver las demandas de casación formuladas por los defensores de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán.

1. Cuestión preliminar

La actuación procesal da cuenta que, contra la sentencia de primera instancia proferida el 24 de enero de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santander de Quilichao, los defensores de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, y el delegado de la Fiscalía General de la Nación, interpusieron recurso de apelación.

Sin embargo, a través de auto del 20 de febrero de 2019[8], el *A-quo* declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, al tiempo que concedió el recurso formulado por los defensores de IRAGORRI LÓPEZ y NARANJO ZAMBRANO, y por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, el cual fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del 20 de febrero de 2020; determinación en contra de la cual los defensores interpusieron y sustentaron el recurso extraordinario.

Sala Casación Penal@ 2024

En la demanda de casación presentada por el defensor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, el abogado introdujo un segundo cargo, en el que plantea que en este asunto se violó el debido proceso y el derecho de defensa de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, pese a que: *(i)* el procesado carece de interés para recurrir en casación, porque no apeló la

[8] A folio 24, cuaderno 4.

sentencia de primer grado; *(ii)* su defensor no interpuso el recurso extraordinario de casación; y, *(iii)* el abogado que ahora recurre a su favor no representaba los intereses de BONILLA LÓPEZ, dado que éste solo le otorgó poder el 18 de junio de 2020, es decir, cuando el profesional del derecho ya había presentado la demanda de casación -12 de junio de 2020.

Visto, entonces, que no se dio curso al recurso de casación presentado por la defensa de BONILLA LÓPEZ, carece de soporte material lo discutido en el segundo cargo por el profesional del derecho que asiste a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO.

Sala Casación Penal@ 2024

A fin de resolver las demandas de casación formuladas por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, la Corte seguirá el siguiente orden: en primer lugar, se resolverá de fondo el cargo relacionado con la prescripción de la acción penal respecto del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales;* en segundo lugar, se realizará un breve análisis sobre la adecuación típica de los delitos de *estafa* y *peculado por apropiación;* luego, la Sala analizará la figura del *interviniente* en la jurisprudencia nacional; por último, la Corte realizará la valoración probatoria y solucionará el caso concreto.

1. Prescripción de la acción penal por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*

De conformidad con el artículo 83 del Código Penal, «la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo», término que, en los casos tramitados al amparo de la ley 906 de 2004, se interrumpe, según lo señala su artículo 292 «... con la formulación de la imputación», con la variante que «producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años».

Una vez proferida la sentencia de segunda instancia, el término de la prescripción se suspende y comienza a correr nuevamente, sin que pueda ser superior a cinco (5) años, conforme lo dispone el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, que reza: «**Proferida la sentencia de segunda instancia** se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años».

Sala Casación Penal@ 2024

Dicho esto, se tiene que a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ se les formulo imputación por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en concurso heterogéneo con el reato de *peculado por apropiación agravado* -por la cuantía-, en calidad de intervinientes (artículos 410, 397 inciso 2°, 58 numeral 10 y 31 de la Ley 599 de 2000).

La audiencia preliminar adelantada en contra de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2012; a de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, el 12 de diciembre de 2012, y la de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, el 13 de junio de 2013. De modo que, en las mencionadas fechas se interrumpió el término prescriptivo, el cual comenzó a descontarse de nuevo por un tiempo igual al de la mitad del señalado en el canon 83 *ibidem*, sin que pueda ser inferior a 3 años.

Ahora bien, el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* comporta una pena de 64 a **216 meses de prisión**, extremos que se disminuye en una cuarta parte, como consecuencia de la atribución de responsabilidad en calidad de interviniente, de modo que la pena, en este último evento, oscila entre 48 y **162 meses de prisión**, por lo que el término prescriptivo, luego de la imputación, corresponde a la mitad de éste, es decir, **81 meses**.

Sala Casación Penal@ 2024

Por lo tanto, la prescripción de la acción penal para el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* operaría el **19 de junio de 2019,** en lo que atiende a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ; el **12 de septiembre de 2019,** respecto de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO; y el **13 de marzo de 2020** con relación a HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ.

La actuación procesal da cuenta que la sentencia de segunda instancia se profirió el **20 de febrero de 2020,** fecha

para la cual ya había operado el fenómeno extintivo respecto de los procesados JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, no así para HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, dada la fecha en que se formuló imputación.

Por otro lado, con relación a la procesada MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, se tiene que fue declarada autora penalmente responsable del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales,* en el que obró con *error de prohibición vencible*, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, circunstancia de atenuación punitiva que implica la modificación de los extremos punitivos en la mitad atendiendo el numeral 1° del artículo 60 *ibidem* (CSJ SP, 27 may. 2004, Rad. 20879) de modo que la pena inicial de 64 a **216 meses de prisión**, disminuida en la mitad arroja un ámbito punitivo de **32 a 108 meses de prisión.**

Sala Casación Penal@ 2024

Producida la interrupción del término de la prescripción con la formulación de imputación, la cual se llevó a cabo el 12 de diciembre de 2012, el término prescriptivo corresponde a la mitad de la pena máxima, es decir, **54 meses,** monto que se debe incrementar en una tercera parte por tratarse de una servidora pública, pues, para la época en que se consumaron los hechos no había entrado a regir el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, por lo que el término prescriptivo corresponde a **72 meses,** por lo tanto, la prescripción de la acción penal operaría el **12 de diciembre de 2018,** sin embargo, como se vio, la sentencia de segunda instancia se profirió el 20 de

febrero de 2020, momento para el cual ya había operado el fenómeno extintivo.

En consecuencia, como el término máximo con el cual contaba el Estado para ejercer la facultad sancionadora de la cual es titular, feneció el 12 de diciembre de 2018, 19 de junio y 12 de septiembre de 2019, respecto de los implicados MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO respectivamente, esto es, antes de que se hubiese proferido la sentencia de segunda instancia -*20 de febrero de 2020*- la Corte casará la sentencia impugnada, y, en consecuencia, ordenará la preclusión de la investigación a favor de los referidos procesados, por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales,* ocurrida la prescripción de la acción penal.

Sala Casación Penal@ 2024

Es cierto que el defensor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, al momento de sustentar el recurso extraordinario de casación, no alegó la prescripción de la acción penal, y que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL carece de interés para recurrir en casación, siendo esa la razón por la que la Sala, a través de la decisión CSJ AP346-2022, Rad. 57851 resolvió inadmitir la demanda de casación presentada por su defensor; sin embargo, la decisión se debe hacer extensiva a ellos, en tanto, la determinación no atañe a situaciones particulares sino a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal dentro de esta causa, por estructurarse la causal objetiva de extinción de la acción penal prevista en el

numeral 4 del artículo 82 del Código Penal (CSJ AP1457-2018, Rad. 52331; CSJ AP4280-2021, Rad. 58784).

Ahora bien, el delegado de la Fiscalía manifiesta que la prescripción de la acción penal no puede cobijar a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, puesto que, respecto de ella, la sentencia de primera instancia quedó ejecutoriada el 20 de febrero de 2019, fecha en que la que se admitió el desistimiento del recurso de apelación que interpuso en contra de aquella decisión.

La Corte encuentra que no le asiste razón, porque la legislación nacional no contempla la figura de las *ejecutorias parciales*, en tanto, «independientemente de si uno de los procesados, o su defensor, apelaron la decisión de primera instancia, lo cierto es que el trámite se sigue adelantando, en lo formal y material, respecto de todos ellos» (CSJ AP5139-2015, Rad. 46534; AP9192-2019, Rad. 50980).

Sala Casación Penal@ 2024

Sobre el particular, la Corte en auto del 14 de mayo del 2002, Rad. 19230, afirmó lo siguiente:

> «El fallo de segunda instancia es de naturaleza indivisible y la trayectoria que sigue hacia su firmeza es única, aunque sea plural el número de afectados con él; de ahí que, si alguno de los condenados impugna en casación, el asunto en su integridad pasa a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia (…)
>
> **El legislador no prevé la posibilidad de ejecutorias parciales** o fragmentarias del fallo de segunda instancia; y ello es así para guardar concordancia lógica con algunos principios esenciales de procedimiento y de la casación (…)» (Negrilla propia de la Sala).

Además, en providencia CSJ, AP 13 de feb. 2008, Rad. 25588 (reiterada en la decisión CSJ AP5139-2015), se sostuvo:

> «**3.** En realidad, dada la unidad monolítica del fallo y la competencia que tiene la Corte para pronunciarse a favor de los diversos sujetos a quienes el mismo ha comprendido -pudiendo, inclusive invalidar lo actuado-, **la doctrina en esta materia constante no ha aceptado ejecutorias parciales de la sentencia**.
>
> **4.** A este respecto, es claro que solo con la resolución del recurso casacional puede afirmarse la ejecutoria de dicho proveído -en tanto se mantenga incólume y no disponga rehacer lo rituado-, sin que sea admisible aceptar ejecutorias individuales.
>
> **Ya se ha dicho que en esta materia rige la tesis de la unidad de ejecutoria y de ejecución de la sentencia, dada la comunidad de términos de que participan la totalidad de sujetos y delitos en una misma actuación, por manera que ningún eco puede tener el planteamiento de la deponente en este sentido esbozado.»** (Destaca la Sala).

©Sala Casación Penal@2024

De modo que, aunque respecto de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL no se haya surtido el recurso de apelación, porque su defensor desistió del mismo, el término prescriptivo debe contabilizarse para ella, también, hasta el momento en que se profirió la sentencia de segunda instancia, lo que, como se vio, ocurrió el 20 de febrero de 2020.

Para terminar este acápite, se debe indicar que la prescripción de la acción penal por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales,* respecto de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, no tiene ninguna incidencia en el proceso de dosificación punitiva, de

modo que, en este caso no hay lugar a la redosificación de la pena.

Lo anterior, porque el *A-quo,* al momento de realizar el proceso de dosificación punitiva, omitió aumentar la pena por este reato y terminó imponiendo sólo la sanción correspondiente al delito de *peculado por apropiación agravado*.

2. Breve análisis sobre la adecuación típica de los delitos de *estafa* y *peculado por apropiación*

@Sala Casación Penal@ 2024

El artículo 246 del Código Penal, tipifica el delito de *estafa* de la siguiente manera:

> «El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis puntos 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 mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes»

Conducta que, a voces del artículo 247, se agrava en las siguientes circunstancias específicas:

> «La pena prevista en el artículo anterior será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses cuando:
> 1. El medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social.
> 2. El provecho ilícito se obtenga por quien, sin ser partícipe de un delito de secuestro o extorsión, con ocasión del mismo, induzca o mantenga a otro en error.
> 3. Se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer.
> 4. La conducta esté relacionada con contratos de seguros o con transacciones sobre vehículos automotores.
> **5. La conducta relacionada con bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de este.**
> 6. La conducta tenga relación con el Sistema General de Seguridad Social Integral».

En este punto, es importante resaltar que los dos últimos numerales fueron adicionados por el artículo 15 de la Ley 1474 de 2011, es decir, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos aquí investigados.

Sala Casación Penal@ 2024

Y, además, en los eventos comunes para todos los delitos que atentan contra el patrimonio económico, conforme el artículo 267, se dispone lo siguiente:

> «Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:
> **1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.
> 2. Sobre bienes del Estado»

A partir de la anterior lectura, se tiene que el delito de *estafa* atenta contra el bien jurídico del patrimonio

económico y se configura cuando el sujeto activo obtiene un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, en perjuicio ajeno, a través de la inducción o mantenimiento en error del afectado, por medio de artificios o engaños.

La Corte de manera pacífica y reiterada ha señalado que el delito de *estafa* supone un actuar criminal estructurado y consecuencial conformado por los siguientes comportamientos, que deben presentarse en forma cronológica y concatenada: *a)* despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima o a mantenerla en el equívoco; *b)* error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; *c)* obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; *d)* perjuicio correlativo de otro; y, *e)* sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno (CSJ SP, 8 jun. 2006, Rad. 24729; SP, 6 dic. 2017, Rad. 45273; SP3233-2017, Rad. 48279; SP11839-2017, Rad. 44071; SP20949-2017, Rad. 45273; SP4316-2019, Rad. 53119; SP5379-2019, Rad. 52815; SP2020, Rad. 54131; SP741-2021, Rad. 54658; SP2021-2022, Rad. 54321)

Sala Casación Penal@ 2024

De acuerdo con lo anterior, 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; el error, a su vez, *debe ser consecuencia* de los artificios o engaños desplegados por el agente.

Ahora bien, acerca del empleo de artificios y engaños sobre la víctima y el error en la que ésta última debe incurrir como consecuencia directa de la maniobra engañosa, la Corte ha señalado lo siguiente:

> «Y, con relación al artificio y al engaño, expuso: "Son fenómenos equivalentes, expresivos en el fondo de la misma cosa. Consisten en todo medio habilidoso para transfigurar la verdad. Son sinónimos de astucia, doblez, ardid, trampa, artimaña o maquinación empleada para dar apariencia de verdad a la mentira. El artificio o el engaño, con el que se inicia toda estafa debe ser puesto en acción por el agente para inducir en error". De otra parte: "La audacia del estafador debe ir dirigida a suscitar un error en la víctima. Ese es el fin subjetivo y directo del ardid. El error es un concepto equivocado o juicio falso. Ese es el efecto psicológico de la maquinación del agente y debe ser de tal naturaleza que determine al engañado a hacer la prestación patrimonial que se le pide, de tal modo que de no mediar el error no accediera a ella. Vale decir, el error debe ser determinante y esencial" (MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, "Delitos contra la Vida y la Integridad Personal y Delitos contra la Propiedad". 1968, Editorial U. De Antioquia, Medellín, pág.167). Entonces, **la inducción en error exige una serie de maquinaciones fraudulentas previas –cuando no se trata de aprovechar el anterior error ajeno- las cuales deben estar plenamente acreditadas. No puede hablarse de estafa en donde no se dé esa condición**. **Así como tampoco puede hablarse de este delito cuando con posterioridad a la obtención del bien patrimonial, surge el artificio o el engaño tendiente a otros fines**» (CSJ, SP feb. 22 de 1972; CSJ SP, 4 may 2005, rad. 19139; CSJ SP3233-2017, Rad. 48279; CSJ SP11839-2017, Rad. 44071, entre otras).

Sala Casación Penal© 2024

Finalmente, se debe indicar que la obtención de un provecho ilícito propio o ajeno, corresponde a la utilidad o beneficio económico o patrimonial correlativo al daño económico causado al sujeto pasivo que es engañado a través de artificios o engaños.

Es así como, tal ventaja o utilidad de naturaleza injusta, equivale al elemento material del delito en examen, por lo que la conducta solo se consuma cuando el estafador obtiene la ganancia o prestación que se propone, la cual es directa consecuencia de la inducción en error producto de las maniobras fraudulentas desplegadas por el actor (CSJ SP20949-2017, Rad. 45273).

Por lo tanto, la obtención de un provecho ilícito hace parte de la estructura típica del delito de estafa, no solamente como propósito finalístico constitutivo del dolo, sino también como elemento indispensable para la conformación del injusto penal.

@Sala Casación Penal@ 2024

Sobre el tema la Sala ha precisado lo siguiente: (Cf. CSJ AP, 16 Dic 99, rad. 16.565, reiterado en CSJ AP, 22 Ago. 2012, rad. 38900 y CSJ AP1147-2015, Radicado No. 45486, entre otros)

> «La estafa se consuma en el propio instante en que, debido a la inducción en error, el sujeto activo incorpora a su haber patrimonial bienes o derechos que hasta ese momento pertenecían a la víctima o a un tercero, y de los cuales el estafado se desprende, no por expresión de su libre voluntad, sino de su distorsionada comprensión de la realidad, situación a la que se llega a través del ardid, el engaño, las palabras o los hechos fingidos.»

De otro lado, el artículo 397 del Código Penal tipifica el delito de *peculado por apropiación* de la siguiente manera:

> «El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya

> confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.
>
> Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes…».

Acorde con esta descripción, este delito atenta contra la administración pública y requiere para su adscripción típica *(i)* un sujeto activo calificado, que debe ostentar la condición de servidor público; *(ii)* la apropiación en provecho propio o de un tercero, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y *(iii)* la competencia funcional o material para disponer de éstos, la cual puede asumirse material o jurídica.

Sala Casación Penal@ 2024

La configuración de este delito tiene lugar, entonces, cuando el servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, se apodera a su favor o de un tercero, de los bienes que le habían sido confiados, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos.

Ahora bien, ambas conductas *-la estafa y el peculado por apropiación-* tienen en común que se trata de tipos penales de

comisión dolosa[9], de modo que se exige al sujeto activo que conozca que su comportamiento es objetivamente típico y quiera su realización. Así, «…El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización… el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos, por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización» (CSJ, SP, 25 agost. 2010, Rad. 32964; SP, 20 feb. 2013, Rad. 39353; SP, 6 mar. 2013, Rad. 39114; SP, 20 mar. 2013, Rad. 39390; SP12974-2016, Rad. 43726; SP15942-2016, Rad. 46750; SP2184-2017, Rad. 47348).

Sala Casación Penal@ 2024

3. El *interviniente* en la jurisprudencia nacional

La figura del *interviniente* se regula en el artículo 30 del Código Penal, norma que en sus primeros incisos define a los *partícipes* -determinador y cómplice-, y en su último apartado señala: *«Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte».*

Sobre esta figura, la Corte en la decisión CSJ SP, 25 abr. 2002, Rad. 12191, señaló que el *interviniente* no corresponde a una *«categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible»* sino a

[9] Es importante resaltar que en el artículo 400 del Código Penal se tipifica el delito de peculado culposo de la siguiente manera: "El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, **por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen**, incurrirá en prisión…".

un *«un concepto de referencia»* que alude a quien, sin reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre con el sujeto activo calificado en la comisión del delito, bien a título de *autor* -en cualquiera de las modalidades de autoría- o *partícipe* -determinador o cómplice-, por lo que, en todo caso, debe hacerse acreedor a la rebaja prevista en el inciso 4º del artículo 30 del Código Penal, como consecuencia de no haber infringido ningún deber especial derivado del bien jurídico protegido.

Sin embargo, con la decisión CSJ SP, 8 jul. 2003, Rad. 20704, la Sala varió el precedente jurisprudencial, fecha a partir de la cual de manera pacífica y reiterada ha señalado que el *determinador* y el *cómplice* no están comprendidos en la figura del *interviniente,* de modo que ésta última sólo se refiere a quien, pese a no reunir las condiciones exigidas en un tipo penal especial, coejecuta el delito con quien sí reúne tales calidades, por lo que debe ser tenido entonces como *«coautor de delito especial sin cualificación»,* noción que supone que el interviniente conoce el plan criminal, quiere su realización y tiene dominio sobre éste (CSJ AP, 15 agost. 007, Rad. 27712; AP, 23 ener. 2008, Rad. 28890; AP, 12 may. 2010, Rad. 33319; SP3393-2014, Rad. 42103; SP3011-2016, Rad. 46483; SP16171-2016, Rad. 44940; SP5107-2017, Rad. 47974).

Sala Casación Penal@ 2024

Esto dijo la Sala en esa oportunidad:

> «Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para

la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuente sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, vr.gr., si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo».

Sala Casación Penal@ 2024

A partir de esta comprensión, la Corte, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que «El interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación» (CSJ SP3393-2014, Rad. 42103; SP10987-2014, Rad. 43771; SP14005-2014, Rad. 37074; AP3174-2018, Rad. 52553; SP3808-2019, Rad. 52001; SP4369-2019, Rad. 55704).

En la providencia CSJ SP4091-2020, Rad. 53434, la Sala, después de traer a colación la evolución jurisprudencial sobre la figura del *interviniente*, indicó lo siguiente:

«Desde aquel momento -cuando se profirió la sentencia CSJ SP, 8 jun. 2003, Rad. 20704- la Corporación ha venido reiterando que el concepto de interviniente no permea toda modalidad de concurrencia en la ejecución de la conducta punible, sino que hace referencia a un dispositivo amplificador de la *autoría* en la comisión de reatos especiales cuando no se cuenta con la cualificación o condición prevista en el tipo penal. Puesto, en otros términos, la calificación legal del interviniente corresponde a quien

> realiza *«actos de* (co)*autor en delito especial, pero carece de las calidades exigidas en el tipo» (*CSJ. SP. de 12 de septiembre de 2012, Rad. 37235).
>
> En este orden de ideas, la imputación de responsabilidad en tal condición presupone que el sujeto asista la ejecución del verbo rector realizando la conducta como suya, es decir, como un verdadero autor, ejerciendo cierto dominio o codominio funcional o material sobre la comisión del ilícito (CSJ. SP. del 27 de agosto de 2019, Rad. 52001. En igual sentido, CSJ. SP. de 11 de diciembre 2013, Rad. 42312).
>
> De manera que la figura del interviniente corresponde a quien, **en concurso con el autor**, ejecuta como suya la conducta descrita en el verbo rector de un delito especial sin tener la cualificación jurídica, profesional o natural, exigida en él, de modo que la sanción penal, *in abstracto*, destinada para los partícipes en este tipo de punibles no se ve alterada por el hecho de carecer o no de las condiciones especiales requeridas en el reato, en tanto el *extraneus* es el único acreedor de la disminución punitiva prevista en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 (CSJ. SP. de 1º de julio de 2020, Rad. 51444)»

Sala Casación Penal@ 2024

Por esa senda, en la sentencia CSJ SP3874-2019, Rad. 52816 (Cfr.: CSJ AP4699-2019, Rad. 55244) la Corte de manera categórica señaló que *«el interviniente en los delitos especiales o de sujeto activo calificado responde como coautor, siempre que se demuestren los elementos propios de esa figura jurídica, esto es, acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte»;* postura que ha sido reiterada en las decisiones CSJ AP946-2020, Rad. 56399, SP197-2021, Rad. 55371 y, recientemente, en la providencia SP2551-2022, Rad. 58225.

En esta última oportunidad la Corte, entre otras determinaciones, absolvió al procesado, quien había sido condenado por el delito de *falsedad ideológica en documento público,* en calidad de *interviniente*, luego de considerar que no se encontraba probado más allá de toda duda razonable

que hubiese cometido el comportamiento en coautoría con el sujeto activo calificado.

Esto dijo la Corte:

«76. El interviniente, por lo tanto, más que una forma de participación fenomenológicamente diferenciada es un modo de catalogar la actuación del coautor que, sin la cualificación legislativamente exigida, concurre a la realización de un tipo especial. **Por esta razón, la participación a título de interviniente supone la previa verificación de que se ha actuado, realmente, bajo los supuestos fácticos de la coautoría. Si ello no es verificado, no hay modo alguno de graduar el desvalor de la conducta al amparo de dicha figura**

77. En el caso que ocupa la atención de la Sala, no hay discusión en que **FRANCISCO…**, en su calidad de juez, no intervino ni participó en la falsedad plasmada por el funcionario de reparto, que le dirigió a él un proceso específico. No hay evidencia de que, en ese concreto comportamiento, haya tomado parte bajo una división de tareas ni de que haya realizado individualmente el verbo rector de tipo penal. Por el contrario, el propio empleado encargado del reparto admitió que fue él, en solitario, quien ejecutó la conducta. En estas condiciones, no resulta procedente atribuirle la falsedad ideológica en la condición de interviniente.

78. La sentencia misma objeto del recurso reconoce que el exjuez, **FRANCISCO…**, no actuó "*en la falsedad del acta de reparto, en cuanto, no se trataba del funcionario encargado de adelantar esa tarea*". Pero si esto es así -como en efecto lo es- resultaba a todas luces inconsistente la imputación del ilícito a título de interviniente, en la medida en que, como se ha destacado conforme a la jurisprudencia analizada, dicho dispositivo amplificador de la autoría presupone que el sujeto *"asista la ejecución del verbo rector realizando la conducta como suya, es decir, como un verdadero autor, ejerciendo cierto dominio o codominio funcional o material sobre la comisión del ilícito*".

79. De acuerdo con lo advertido, el hecho de hacer parte de la organización delictual podía implicar el conocimiento acerca de la falsedad que el servidor encargado del reparto normalmente ejecutaba para garantizar la asignación directa de un expediente. No obstante, ese mero conocimiento no presupone la participación, sino que es necesario la realización efectiva de una conducta, que lleve envuelto el dolo exigido por el artículo 286 del

Sala Casación Penal © 2024

Código Penal. No obstante, lo anterior no resultó debidamente acreditado».

Hasta aquí se tiene que el *interviniente* es el particular -*extraneus*- que, sin reunir las calidades exigidas en el tipo penal especial, concurre a la realización de la conducta con dominio del hecho, como coautor o coejecutor con el sujeto activo calificado *-intraneus-,* sólo que, por no reunir las calidades especiales del tipo, se hace acreedor a una rebaja de la pena, en una cuarta parte.

Por lo tanto, los partícipes *-el determinador y el cómplice-* en ningún caso, podrán hacerse acreedores a la rebaja punitiva de una cuarta parte prevista en el inciso 4° del artículo 30 del Código Penal, porque ella solo tiene lugar para el *interviniente.*

Sala Casación Penal@ 2024

Para que el *interviniente* pueda responder como coautor de un delito de infracción de deber, que exige un sujeto activo calificado o especial, es imprescindible que se demuestren los elementos propios de la coautoría entre el *extraneus* y el *intraneus,* esto es, acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte, pues, de lo contrario, no podría tenerse como autor a quien no reúne las calidades exigidas en el tipo penal.

Ahora bien, la Corte de manera pacífica y reiterada ha sostenido que, en los delitos de infracción de deber, es perfectamente viable que se emita una condena en contra del

interviniente pese a que no se haya definido procesalmente la identidad del *intraneus,* porque lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de este último en la comisión de la conducta punible y el aporte del *extraneus* en la misma.

Para arribar a esta conclusión, la Corte partió del análisis que se llevó a cabo en la jurisprudencia sobre el punto, respecto del autor y el partícipe, concretamente, el determinador, y extendió los efectos de esa línea jurisprudencial al *interviniente*.

Sala Casación Penal@ 2024

En efecto, en la decisión CSJ SP, 22 agost. 2008, Rad. 26483 -reiterada en CSJ AP, 15 dic. 2009, Rad. 33141; SP, 2 mar. 2011, Rad. 30970; CSJ, AP6324-2015, Rad. 46196; AP5278-2018, Rad. 54105 - la Sala señaló lo siguiente:

> «Este cargo se sustenta en varias afirmaciones: Una, que el Tribunal se equivoca al asegurar que puede existir *determinación* sin conocimiento del autor material…
>
> Para dar respuesta al primer punto, es necesario empezar por diferenciar dos situaciones, que el casacionista no distingue. **Una que no exista autor material, y dos, que exista pero que no haya logrado probatoriamente ser individualizado o se desconozca su identidad. En el primer caso (cuando inexiste) no es posible jurídicamente hablar de *participación*, por ser ésta una categoría accesoria de la autoría, que presupone para su configuración la existencia de un autor material, que realiza o inicia la ejecución de una conducta antijurídica**.
>
> En la segunda hipótesis, en cambio, nada impide afirmar su existencia, porque el carácter accesorio de la participación no depende de la existencia de prueba que permita identificar plenamente al autor o declarar su responsabilidad en los hechos, como equivocadamente lo entiende el casacionista, sino de la

certeza de su existencia misma (de un autor), que ha realizado parcial o totalmente la conducta descrita en el tipo penal».

A partir de tales precedentes, pero ahora frente a la figura del *interviniente,* la Corte en la providencia CSJ AP5257-2018, Rad. 53956 –reiterada en CSJ SP708-2020, Rad. 48916; SP2339-2020, Rad. 51444 y AP574-2021, Rad. 50175- estableció:

«Pues bien, la condena a título de interviniente puede presentarse independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza, toda vez que la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala, en tratándose de la relación entre el autor y el partícipe, cuyos efectos son extensibles al interviniente: *«el carácter accesorio de la participación no depende de la existencia de prueba que permita identificar plenamente al autor o declarar su responsabilidad en los hechos, como equivocadamente lo entiende el casacionista, sino de la certeza de su existencia misma (de un autor), que ha realizado parcial o totalmente la conducta descrita en el tipo penal».* De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta, **aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél**».

Sala Casación Penal@ 2024

Y, en la sentencia CSJ SP3874-2019, Rad. 52816 -reiterada en CSJ SP708-2020, Rad. 48916 y SP2339-2020, Rad. 51444-, además de reiterar la decisión referida de manera precedente, la Sala dijo:

«En otras palabras, para condenar como coautor interviniente no resulta indispensable demostrar los pormenores del acuerdo, esto

> es, dónde, cuándo y cómo se concretó el pacto entre los *intranei* y los *extraneus,* sino que **basta con evidenciar la comisión de la conducta punible por el sujeto activo calificado y el aporte fundamental del particular en su realización**, pues, normalmente, quienes acuerdan infringir la ley no dejan prueba de ese hecho, como ocurrió en este evento».

Como se ve, entonces, la Corte ha diferenciado dos situaciones: la primera, cuando, no concurre en la realización de la conducta el coautor especial, es decir, el sujeto calificado, evento en el que no es posible predicar la existencia del *interviniente*, pues, como se vio, tal figura exige la acreditación de los elementos de la coautoría entre el *intraneus* y el *extraneus; y*, la segunda, cuando pese a encontrarse acreditados todos los elementos de la coautoría entre el sujeto calificado y el particular, no es posible la identificación o judicialización del *intraneus,* evento en el que nada impide que el *interviniente* responda por la conducta en tal calidad, porque lo determinante es que la conducta haya sido realizada con participación de ambos.

@Sala Casación Penal@ 2024

Por último, surge necesario traer a colación la decisión CSJ SP2339-2020, Rad. 51444. En este caso, un grupo de funcionarios del Instituto de Seguros Sociales -*intranei*-, se asociaron entre ellos y con otros particulares -*extranei*- para defraudar las arcas de esa entidad, para lo cual instrumentalizaron al jefe del Departamento de Atención al Pensionado. En esta decisión, la Corte concluyó que los funcionarios actuaron en *coautoría mediata* -en tanto instrumentalizaron al jefe del Departamento de Atención al Pensionado

en función del designio delictivo- y los particulares a modo de *intervinientes* del delito de *peculado por apropiación agravado*, a partir de significar que en los delitos especiales es perfectamente viable que el *intraneus* actué como autor mediato respecto de un *extraneus* o de otro *intraneus,* «lo que significa que, teniendo el dominio del hecho, en tanto *hombre de atrás*, no realiza el comportamiento delictivo por sí mismo, sino que se vale de otro sujeto que, en hipótesis de coacción, error, uso de inimputables o aparato organizado de poder, ejecuta el delito especial».

Dicho autor mediato, dijo la Corte, «puede actuar en concurso de personas, o sea, en coautoría mediata, si es que, varios sujetos, con dominio funcional del hecho, realizan la conducta punible a través de uno o múltiples individuos que se utilizan como instrumento(s)», tema respecto del cual en la decisión que se analiza se indicó lo siguiente:

Sala Casación Penal@ 2024

> «En cuanto a los ingredientes objetivos de la coautoría mediata se requiere un plan común criminal ideado o concertado por una pluralidad de sujetos y que la repartición de las tareas o roles esenciales para su ejecución pueda ser llevada a cabo, en parte, de manera personal y a través de otros individuos a los que se utiliza para tal fin. Como componente subjetivo es necesario que los agentes que fungen como coautores mediatos tengan conciencia de la ilicitud y del carácter esencial de su contribución.
>
> Así las cosas, no es imposible fundir en una sola categoría dogmática a la coautoría y la autoría mediata, en la medida que, si, varios sujetos, con unidad de designio criminal, se aprestan a usar a otro para que ejecute materialmente la acción desvalorada, estarán en una hipótesis de coautoría mediata».

Sin embargo, la Corte explicó que el *extraneus* no puede ser autor mediato de un delito especial, «porque adolece del elemento personalísimo del tipo, que, en el caso de los funcionarios

públicos, está atado a un deber de fidelidad, como expresión del contenido antijurídico social-ético del hecho». De modo que, «para que se concrete el supuesto de la autoría mediata en un delito especial como el de peculado por apropiación, se requiere que tanto el autor mediato –que aquí es de carácter plural- como el sujeto instrumentalizado tengan la misma cualidad exigida por el tipo».

4. Valoración probatoria

El Tribunal, en la sentencia impugnada, encontró acreditados más allá de toda duda razonable los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

Sala Casación Penal@ 2024

(i) JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, asesor comercial y gerente de la empresa Probolsa s.a., respectivamente, y ella profesional del mercado de valores de la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., idearon y ejecutaron toda una estratagema criminal dirigida a inducir en error a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien se desempeñaba como gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Francisco de Paula Santander, y le hicieron creer que, a través de la empresa Probolsa s.a., podía invertir de manera segura, confiable y rentable los excedentes de liquidez del hospital que gerenciaba, con la adquisición de Títulos de Tesorería TES, para lo cual utilizaron múltiples y variadas estrategias, con el fin de lograr que ella les entregara una cuantiosa suma de dinero, que buscaban apropiarse.

(ii) MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL dispuso de los dineros del hospital, en la suma de $650.000.000, los cuales entregó a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, bajo la convicción errada, en la que fue inducida por ellos, de que los estaba invirtiendo en el mercado público de valores, en la adquisición de Títulos de Tesorería TES.

(iii) JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ NARANJO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, después de realizar varias operaciones en el mercado público de valores a través de la empresa Serfinco s.a., se apropiaron de la suma de $279.799.604, dinero que le pertenecía a la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander, con lo cual se causó un detrimento patrimonial á la entidad estatal.

Sala Casación Penal@ 2024

*(iv)*El actuar de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL no fue doloso, en tanto, no sabía que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ NARANJO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se iban a apropiar de parte de los dineros que ella les entregó.

(v) No existió un acuerdo criminal entre MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL -servidora pública- y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ NARANJO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ -particulares-, dirigido a apropiarse de los dineros del hospital.

(vi) MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL violó el deber objetivo de cuidado y actuó de manera negligente e imprudente, en tanto, *(i)* no examinó meticulosamente la supuesta propuesta de inversión presentada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ; *(ii)* no realizó ninguna labor de verificación sobre la empresa Probolsa s.a. y su situación jurídica y económica; y, *(iii)* no determinó la verdadera relación entre Probolsa s.a. y Serfinco s.a., lo que, junto con su inexperiencia e ignorancia en temas administrativos y financieros, condujo a que NARANJO ZAMBRANO, BONILLA LÓPEZ e IRAGORRI LÓPEZ se apropiaran ilícitamente de los bienes del hospital.

@Sala Casación Penal@ 2024

La Corte no advierte ningún error en el proceso de valoración probatoria que adelantó el Tribunal, en tanto, analizó los medios de convicción válidamente incorporados a la actuación y se ciñó de manera estricta a sus contenidos, sin que hubiera incurrido en distorsión alguna, a más que atendió a cabalidad los parámetros de la sana crítica, que garantizan el proceso de persuasión racional.

El error en el que sí incurrió el Tribunal ocurrió al momento de aplicar la norma jurídica llamada a regular el caso, a partir de los supuestos fácticos que se encuentran acreditados más allá de toda duda razonable, aspectos que serán examinados, con profundidad, a continuación.

Con relación a lo primero, se tiene que los hechos que aquí se investigan ocurrieron entre los meses de mayo y octubre del año 2008, en Santander de Quilichao, Cali y Bogotá.

Durante ese período, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, OCUPABA EL CARGO DE gerente (E) de la Empresa Social del Estado Hospital Francisco de Paula Santander, de Santander de Quilichao, por designación que hiciere el entonces gobernador del Cauca, Guillermo Alberto González Mosquera,[10] función que desempeñó desde el 1 de abril, hasta el 27 de octubre de 2008.

Sala Casación Penal@ 2024

Por su parte, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ se encontraba vinculada a través de un contrato de trabajo, con la Sociedad Comisionista de Bolsa Serfinco s.a., en la sede de la ciudad de Bogotá, ocupando el cargo de gerente de inversión, el cual desempeñó desde el 1 de marzo de 2007, hasta el 14 de enero de 2009, fecha en la que se produjo su retiro de la empresa. Para ese momento, Serfinco s.a. (en adelante Serfinco) era una Sociedad Comisionista de Bolsa, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia e inscrita en el Autorregulador del Mercado de Valores.

HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ era el gerente de la sociedad Probolsa s.a., Profesionales en Banca de Inversión (en adelante Probolsa), y accionista mayoritario de la empresa,

[10] A partir del récord 06:40.

en tanto, dueño del 80% de las acciones de la compañía cuyo objeto social implicaba, entre otros, «**actuar como intermediario de valores pudiendo desarrollar el contrato de corretaje de valores**, es decir, acercar demandantes y oferentes de títulos valores sin intervenir bajo ninguna condición en el resultado del negocio que estos llegaren a celebrar».

Por último, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO se desempeñaba como asesor comercial de Probolsa, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Jireh, labor que desempeñó hasta el 15 de diciembre de 2008.

Sala Casación Penal@ 2024

Ahora bien, en este punto es imprescindible señalar que, pese a que uno de los objetos sociales de la empresa Probolsa, reseñaba la posibilidad de desarrollar operaciones de corretaje de valores, la empresa nunca estuvo habilitada por la Superintendencia Financiera de Colombia, para realizar esa actividad ni ninguna otra que implicara la intermediación en el mercado de valores.

El artículo 335 de la Constitución Política establece que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, son de interés público y, por ende, única y exclusivamente pueden ser realizadas por las personas y entidades expresamente autorizadas por la Ley.

Las actividades en cita, además, están sometidas a la inspección, vigilancia y control de la hoy Superintendencia Financiera de Colombia -mediante el Decreto 4327 del 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominó Superintendencia Financiera de Colombia-, con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la entonces Comisión Nacional de Valores creada en virtud de la Ley 32 de 1979, pasó a adquirir el carácter de Superintendencia, por lo que, a partir del Decreto 2739 de 1991, pasó a llamarse Superintendencia de Valores, entidad que, a través de la Resolución 400 del 22 de mayo de 1995, actualizó y unificó las normas expedidas en torno de la intervención en el mercado público de valores.

Sala Casación Penal@ 2024

Así, en el artículo 1.5.1.1. se definió la *actividad de intermediación en el mercado público de valores,* como «la realización de operaciones que tengan por finalidad o efecto el acercamiento de demandantes y oferentes para la adquisición o enajenación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, sea que tales operaciones se realicen por cuenta propia o ajena, en el mercado bursátil o en el mercado mostrador, primario o secundario»; actividades dentro de las que se encontraban, entre muchas otras, las operaciones de corretaje de valores y las operaciones habituales de adquisición o enajenación de

valores ejecutadas directamente y por cuenta propia, sobre valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios -hoy Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE)-

La Resolución establecía que la *intermediación en el mercado público de valores,* se podía llevar a cabo a través de intermediarios de valores vigilados por las Superintendencias Bancaria y de Valores, como, por ejemplo, las sociedades comisionistas de bolsa, las sociedades fiduciarias, las sociedades administradoras de inversión, las entidades bancarias, entre otras; o por medio de intermediarios de valores no vigilados por las referidas entidades de control; sin embargo, estos últimos sólo estaban autorizados para realizar las operaciones de intermediación señaladas en los numerales 2 y 3 del artículo 1.5.1.2., es decir, las que atienden al corretaje de valores y las negociaciones habituales de adquisición o enajenación de valores ejecutadas directamente y por cuenta propia, siempre y cuando se inscribieran en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores -RNAMV-, previo cumplimiento de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico -artículos 1.1.3.1., 1.1.3.10., 1.1.3.12.,1.5.2.1. y 1.5.2.2.-.

Sala Casación Penal@ 2024

Ambas actividades tienen en común, que no implican el manejo de recursos de terceros, pues, el *corretaje de valores* es una operación de intermediación en la que el corredor de valores pone en contacto a dos partes para que ellas mismas celebren un negocio sobre valores, de modo que, el corredor

no interviene de ninguna forma en el negocio celebrado por ellos

Las *operaciones habituales de adquisición o enajenación de valores ejecutadas directamente y por cuenta propia*, como su mismo nombre lo indica, son las transacciones de adquisición o enajenación de valores, que realizan los afiliados a un sistema de negociación de valores o a un sistema de registro de operaciones sobre valores, sin estar actuando por cuenta de un tercero.

Ahora bien, el 8 de julio de 2005, se profirió la Ley 964 -Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones-, la cual, en su artículo 25, dispuso que quienes realizaran actividades de intermediación de valores debían autorregularse a través de un organismo autorizado para el efecto por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Sala Casación Penal@ 2024

Hasta aquí se tiene que los intermediarios de valores no sujetos a vigilancia de la Superintendencia Financiera, solo podían realizar operaciones de *corretaje de valores* y las *operaciones habituales de adquisición o enajenación de valores ejecutadas directamente y por cuenta propia*, las cuales no implican el manejo de recursos de terceros,

siempre y cuando tales intermediarios estuvieran inscritos en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores y pertenecieran a un organismo Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia.

Sin embargo, este panorama cambió a partir de la emisión del Decreto 1121 del 11 de abril de 2008, mediante el cual se subrogaron los artículos antes mencionados de la resolución 400 de 1995, para regular con mayor rigor la actividad de intermediación en el mercado de valores.

Así, en el artículo 1.1.3.12., se dispuso que los intermediarios de valores no sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, **son las entidades de naturaleza pública** que, de conformidad con su régimen normativo, puedan realizar sus operaciones sobre valores directamente a través de sistemas de negociación de valores, siempre que sean miembros de un organismo de autorregulación autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia y cumplan las obligaciones derivadas de su inscripción en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores -RNAMV-.

Sala Casación Penal@ 2024

Por lo tanto, a partir de ese decreto los intermediarios en el mercado público de valores son las entidades con acceso directo a un sistema de negociación de valores o a un sistema de registro de operaciones sobre valores, para la realización o registro de cualquier operación de intermediación de

valores, es decir, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia; y las entidades de naturaleza pública que, de conformidad con el Decreto 538 de 2008, puedan acceder directamente a dichos sistemas.

Por otra parte, la Resolución 400 de 1995, establece que los profesionales que adelanten actividades o presten servicios de intermediación, deben estar inscritos como profesional del mercado en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores -RNPMV- y hallarse vinculados a un intermediario de valores autorizado; ello, con la finalidad de controlar los estándares de los profesionales y garantizar el suministro de información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable.

Sala Casación Penal@ 2024

En el anterior contexto normativo, se tiene que Probolsa no era una entidad sujeta a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, de modo que, para que pudiera realizar las actividades de intermediación en el mercado público de valores permitidas a las entidades no vigiladas, es decir, operaciones de *corretaje de valores* y *operaciones habituales de adquisición o enajenación de valores ejecutadas directamente y por cuenta propia*, tal y como se anunciaba en el objeto social de la compañía, debía inscribirse en el RNAMV y acreditar su membresía a un organismo Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia; sin embargo, estas exigencias jamás fueron cumplidas.

En efecto, con el testimonio rendido por *Carolina Ramírez Velandia*[11] -para el año 2009 se desempeñaba como Directora Legal para la Intermediación de Valores y otros Agentes de la Superintendencia Financiera- y los documentos incorporados con su declaración, se acreditó que mediante resolución 1208 del 13 de julio de 2007, la Superintendencia Financiera ordenó la **inscripción condicionada** de Probolsa s.a. en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores, como intermediario de valores no vigilado, **exclusivamente para desarrollar operaciones de corretaje de valores** sobre valores inscritos en el RNVE, siempre y cuando **acreditara la membresía a un organismo Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia**, en un término de seis meses, el cual venció el 23 de enero de 2008.

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, mediante comunicación 2008010523-000, del **19 de febrero de 2008**, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, quien, como se dijo, era el representante legal de Probolsa y accionista mayoritario, le informó a la Superintendencia que no había podido llevar a cabo la inscripción ante un Autorregulador del Mercado de Valores, razón por la que renunciaba al trámite de inscripción en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores; ante ello, mediante comunicación del **29 de febrero de 2008,** la Superintendencia le informó a BONILLA LÓPEZ que la inscripción se daba por no realizada y, en consecuencia, le

[11] A partir del récord 2:53:33.

ordenó a Probolsa s.a. «"…modificar la razón social de su representada **eliminando de la misma la expresión "Corredores de Valores" y cualquier otra denominación que pueda generar confusión a los inversionistas del mercado de valores…"** y "…**eliminar de su objeto social todas aquellas actividades reservadas exclusivamente a entidades vigiladas por esta Superintendencia, o a personas inscritas en el RNAMV**, y en particular la de intermediación de valores y la de corretaje de valores…"»[12].

En consecuencia, como Probolsa no logró su inscripción en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores, no estaba autorizada para desarrollar las operaciones de corretaje y actividades habituales de adquisición o enajenación de valores, ejecutadas directamente y por cuenta propia; hecho que era ampliamente conocido por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, en tanto, fue él mismo quien renunció al referido trámite.

Sala Casación Penal@ 2024

Además, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, no estaban inscritos en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores -RNPMV-, sencillamente, porque Probolsa s.a. no estaba autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, para desarrollar ninguna actividad de intermediación en el mercado público de valores, requisito sin el cual no es posible el registro de los profesionales; lo que significa que los

[12] Oficio 2009023260-002-000, del 17 de abril de 2009, incorporado con la declaración de Carolina Ramírez Velandia.

procesados no estaban habilitados para promocionar u ofrecer los productos y servicios del mercado público de valores.

Con esta claridad, en el presente asunto aparece probado que entre los meses de abril y mayo del 2008, *Darío Fernando Daza Dorado,* quien se desempeñaba como secretario privado del gobernador del Cauca y fungía como presidente del Consejo Directivo de la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander, y María Elena Ramírez Rengifo, tesorera del ente territorial, le recomendaron a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, que invirtiera los excedentes de liquidez que tenía el hospital gerenciado por esta, a través de las empresas Serfinco y Probolsa, con la finalidad de que los rendimientos obtenidos fueran invertidos en el programa bandera del departamento: "Cauca sin Hambre".

Sala Casación Penal@ 2024

La razón de tal recomendación obedeció a que la gobernación del Cauca, durante los meses de marzo y mayo de ese mismo año, había invertido cuantiosas sumas de dinero en la supuesta adquisición de Títulos de Tesorería, TES, con la promesa que le generarían importantes réditos al ente territorial, por intermedio de las nombradas empresas y previa propuesta de inversión presentada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO.

Fue en virtud de tal recomendación y por la experiencia de inversión que había realizado el departamento, que hasta

ese momento se mostraba como segura, rentable y confiable, que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, un día del mes de mayo del 2008, recibió en su oficina a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, quien se presentó como recomendado de la gobernación y representante de las empresas "aliadas" Probolsa y Serfinco, oportunidad en la que le habló sobre una posibilidad de inversión en el mercado público de valores, que luego formalizó por escrito.

En efecto, en el juicio oral se incorporó un documento de fecha 20 de mayo de 2008[13], suscrito por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, en su condición de gerente general y "asesor financiero" de Probolsa s.a. **«CORREDORES DE VALORES»,** respectivamente, dirigido a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, mediante el cual le presentaron una propuesta de inversión que denominaron *"inversión en* ***nota estructurada con activo subyacente TES****"*, por un monto de $650.000.000, a un plazo de 360 días, con una tasa del 12% E.A., modalidad de liquidación a mes vencido, con una **garantía principal de TES**, plazo del subyacente septiembre de 2014, valor nominal de la garantía por valor de $650.000.000 y rendimientos mensuales de $6.167.715, documento en el que se indicó «La garantía se depositará en su cuenta de DECEVAL a su nombre en la entidad que ustedes dispongan».

@Sala Casación Penal@ 2024

[13] Folio 120, "Cuaderno de evidencias N° 1".

También se incorporó un documento de fecha 22 de mayo de 2008, suscrito por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, dirigido a VARGAS SANDOVAL, con el siguiente contenido: «La presente es para manifestar claridad en el manejo de las inversiones que podremos realizar como asesores financieros de la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, **Probolsa S.A., sería el gestor de la compra de títulos TES con clasificación AAA y riesgo crediticio cero (Nación),** títulos que se comprarían a nombre de la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, **con el DCV (Depósito centralizado de Valores de Colombia) en su DCV en el Banco de la República,** por intermedio de nuestra firma Comisionista aliada **Serfinco S.A.** Teniendo como PLUS este manejo que la rentabilidad sería óptima y fija, pactada al término que la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, tenga destinado el uso de los recursos financieros. Y también realizando desembolsos de rendimientos Mensuales» (negrillas en el texto original)»[14].

Sala Casación Penal© 2024

Pues bien, lo primero que hay que indicar, es que los dos documentos fueron impresos en papel con membrete en el que se observa el nombre «PROBOLSA S.A. **CORREDORES DE VALORES**», con lo cual HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ desatendió la orden de la Superintendencia Financiera, consistente en que eliminara de la razón social de la empresa dicha expresión, con la finalidad de evitar confusión en los inversionistas del mercado público de valores, pues, tal frase se relaciona directamente con la operación de corretaje de valores, actividad que Probolsa no estaba autorizada a realizar.

[14] Folio 122, "Cuaderno de evidencias N° 1".

Lo anterior podría catalogarse, en principio, como una simple desatención desprovista de intención dañosa, si no fuera porque el contenido de los documentos suscritos por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, evidencia que lo ofrecido por ellos eran productos y actividades propias del mercado público de valores, como la adquisición de una *nota estructurada* o de un Título de Tesorería TES, los cuales no podían ofrecer, sencillamente, porque ni Probolsa ni ellos, personalmente, estaban autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia para desarrollar, promocionar u ofrecer las actividades, productos y servicios del mercado bursátil.

Sala Casación Penal@ 2024

Sobre este tema, la Superintendencia Financiera de Colombia, en el concepto 2010004293-001, del 8 de marzo de 2010, refirió lo siguiente:

> «En este orden de ideas, de la normatividad transcrita –2.7.1.2 de la Resolución 400 de 1995- podemos deducir que ésta únicamente autoriza a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia para realizar operaciones sobre derivados financieros y productos estructurados. Adicionalmente, permite que sólo las sociedades comisionistas de bolsa realicen operaciones con instrumentos derivados a través del contrato de comisión, lo que quiere decir que los clientes de la sociedad pueden tener como contraparte a sociedades distintas a la sociedad comisionista.
>
> (…)
>
> De lo anterior resulta claro que cualquier operación con instrumentos financieros derivados y de productos estructurados, entre otros, se considera una operación de intermediación en el mercado de valores y por lo tanto únicamente podrán ser llevadas a cabo por intermediarios de valores, a través de personas

> naturales que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores».

Hasta aquí se tiene, entonces, que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO se presentaron ante MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, como gerente y asesor financiero de una sociedad corredora de valores, cuando la realidad era que Probolsa no tenía esa calidad; y le ofrecieron una operación de intermediación y productos y servicios exclusivos del mercado público de valores, sin que la empresa, ni ellos, estuvieran legalmente autorizados para ese ejercicio.

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, como se verá a continuación, no fue esta la única argucia de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO.

Lo reseñado en precedencia apenas se constituyó en el primero de varios y sucesivos artificios empleados para inducir y mantener en error a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, a quien le hicieron creer, falsamente, que a través de ellos podía invertir unos dineros del hospital que gerenciaba, en el mercado público de valores, de manera segura, confiable y rentable.

En efecto, las propuestas presentadas por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO resultan, en sí mismas, engañosas.

Así, el documento presentado el **20 de mayo de 2008** por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, tiene el siguiente contenido:

> «Por medio de esta comunicación me permito presentarle nuestra propuesta de inversión en **nota estructurada con activo subyacente TES**
>
> | | |
> |---|---|
> | MONTO | $650.000.000 |
> | PLAZO | 360 DÍAS |
> | TASA | 12% E.A. |
> | MODALIDAD LIQUIDACIÓN RENDIMIENTOS | MES VENCIDO |
> | **GARANTÍA** | **PRINCIPAL DE TES** |
> | **PLAZO DEL SUBYACENTE** | **SEPTIEMBRE DE 2014** |
> | **VALOR NOMINAL DE LA GARANTÍA** | **$650.000.000** |
> | RENDIMIENTOS MENSUALES | $6.167.715 |
>
> **La garantía se depositará en su cuenta DECEVAL** a su nombre en la entidad que ustedes dispongan»

@Sala Casación Penal@ 2024

Pues bien, los testigos *Carolina Ramírez Velandia* -directora Legal para la Intermediación de Valores y otros Agentes de la Superintendencia Financiera de Colombia- y *Manuel Gonzalo Álvarez Ríos*[15] -asesor de la dirección de conductas del sector financiero de la Superintendencia Financiera de Colombia-, de manera coincidente explicaron que una *nota estructurada* es una operación de inversión en el mercado público de valores, conformada por dos elementos esenciales. El primero, un instrumento financiero no derivado, es decir, de renta fija, como, por ejemplo, un bono; y, el segundo, un instrumento financiero derivado, que son aquellos cuyo valor depende de uno o más activos subyacentes a un indicador -ejemplo, la Tasa

[15] A partir del récord 42:58.

Representativa de Mercado -TRM- o producto financiero -una opción o futuro, que consiste en la posibilidad de comprar a futuro un activo financiero-, los cuales pueden ser negociados individualmente o en su conjunto.

La testigo *Ramírez Velandia* explicó que la composición de la *nota estructurada,* por esos dos instrumentos -no derivado y derivado-, se explica en la medida en que «el primer componente tiene por objeto garantizar el capital de la inversión y obtener una rentabilidad mínima en ésta; y el segundo componente permite al inversionista tener una mayor rentabilidad en su inversión o cubrirse frente a otros riesgos relacionados con sus actividades garantizando que, gracias al primer componente de la nota, no haya un detrimento en su capital».

Sala Casación Penal@ 2024

En efecto, los artículos 2.7.1.1., del Decreto 1796 de 2008, y 2.35.1.1.1., del Decreto 2555 de 2010, definen el producto estructurado como aquel que «Está compuesto por uno o más instrumentos financieros no derivados y uno o más instrumentos financieros derivados, los cuales pueden ser transferibles por separado o no y tener contrapartes diferentes o no, por cada uno de los instrumentos financieros que lo componen. Cuando al menos uno de sus componentes tenga la calidad de valor, el producto estructurado también tendrá la calidad de valor».

Por otra parte, *Manuel Gonzalo Álvarez Ríos* explicó que un Título de Tesorería, TES, es un título de deuda pública, los cuales pueden ser de clase "A" y de clase "B", siendo que las entidades públicas -como la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, de Santander de Quilichao- sólo están habilitadas por

la Ley para invertir sus excedentes de liquidez en Títulos de Tesorería, TES, clase "B".

Así, el artículo 1º del Decreto 1525 de 2008 dispone que «Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 29 del Decreto 359 de 1995, los establecimientos públicos del orden nacional y las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, **deben invertir sus excedentes de liquidez originados en sus recursos propios, administrados, y los de los Fondos Especiales administrados por ellos, en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" del mercado primario adquiridos directamente en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en adelante DGCPTN**».

El testigo[16] *Álvarez Ríos* señaló que un TES clase "B" es un título de deuda pública interna de la nación, emitido por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto es financiar apropiaciones presupuestales, el cual está conformado por el PRINCIPAL, que corresponde al valor nominal del título, que es amortizado al final del plazo, y uno o varios CUPONES, que corresponden a los rendimientos periódicos del título, los cuales son expedidos y administrados exclusivamente a través del Depósito Central de Valores -DCV- del Banco de la República.

[16] A partir del récord 52:22.

El declarante explicó que el PRINCIPAL y el/los CUPONES pueden ser negociados en forma separada, de modo que, si se negocian los últimos, solo queda el PRINCIPAL. Entonces, un TES PRINCIPAL es un título de deuda pública emitido por el Gobierno Nacional para ser amortizado en una fecha futura, pero en el cual los cupones, esto es, los rendimientos periódicos, han sido separados del título, por lo que el titular de un TES sin cupones o TES PRINCIPAL, «lo que tiene bajo su titularidad es un título que incorpora un derecho de pago a futuro por el valor nominal allí incorporado, de tal forma que el valor de la inversión dependerá de traer a valor presente lo que valdría en la fecha de redención el dinero que está allí como valor nominal», de modo que, cuando se adquiere un TES PRINCIPAL, el único derecho que se adquiere es el de recibir el *valor nominal* señalado en el título al vencimiento de éste, sin que se perciban rendimientos financieros por la inversión.

©Sala Casación Penal© 2024

Dicho esto, ambos expertos -*Carolina Ramírez Velandia y Manuel Gonzalo Álvarez Ríos*[17]- manifestaron de manera coincidente que el producto ofrecido el 20 de mayo de 2008, por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, no podía ser entendido como una *nota estructurada,* en tanto, dicha propuesta carece de los dos elementos esenciales de este tipo de operación -instrumento no derivado y derivado- pues, por un lado, no está compuesto por instrumento de renta fija que incorpore una efectiva

[17] A partir del récord 46:52.

rentabilidad periódica de una inversión, por tratarse de un TES PRINCIPAL que, como se vio, no genera ningún tipo de rendimiento periódico; y de otro, porque no hay ninguna evidencia de la existencia de una inversión a través de un instrumento financiero derivado.

El testigo *Manuel Gonzalo Álvarez Ríos* dijo que lo que en realidad ocurrió, es que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, hábilmente incluyeron en la propuesta el concepto de *«nota estructurada»,* para encubrir que en realidad se trataba de una típica operación de mutuo o préstamo[18].

Sala Casación Penal@ 2024

En efecto, si del documento se elimina la frase «nota estructurada con activo subyacente TES» en tanto, como se vio, dicha propuesta no constituye una *nota estructurada,* porque carece de los elementos para que pueda ser considerada como tal, queda en evidencia con facilidad que el negocio propuesto por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, consistía en que la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander le entregaba en préstamo a Probolsa s.a., la suma de $650.000.000, y, a cambio, la sociedad pagaría un interés del 12% E.A., el cual sería liquidado mes a mes, con cuotas mensuales por valor de $6.167.715, por el término de un año, plazo a cuyo vencimiento Probolsa debía devolver el capital a la empresa estatal. Sobre ese préstamo, Probolsa se comprometía a

[18] A partir del récord 47:21.

colocar un TES PRINCIPAL en garantía, con fecha de amortización en septiembre de 2014, por un valor nominal igual al monto dado en préstamo, en caso de incumplimiento.

Sin embargo, como la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander, no podía celebrar este tipo de contrato, atendiendo la naturaleza jurídica de la entidad, los procesados de manera amañada mimetizaron la operación de mutuo bajo el ropaje de una operación exclusiva del mercado público de valores, con la finalidad de que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL dispusiera de los dineros del hospital, bajo el convencimiento errado de que estaba haciendo una inversión en el mercado bursátil.

@Sala Casación Penal@ 2024

Por otro lado, los procesados, a fin de hacerle creer a VARGAS SANDOVAL, que la supuesta inversión era confiable y segura, incluyeron en el documento, que Probolsa constituiría como garantía un Título de Tesorería TES PRINCIPAL a favor del Hospital Francisco de Paula Santander; sin embargo, esta oferta también es engañosa, en tanto, lo ofrecido no tenía la virtualidad de garantizar la inversión.

En efecto, la garantía propuesta consistía en colocar un Título de tesorería TES **PRINCIPAL,** que, como se vio, sólo apareja el derecho de recibir el *valor nominal* señalado en el título al vencimiento de éste, sin que se perciban rendimientos financieros por la inversión.

Según lo consignado en el documento, el valor nominal del TES PRINCIPAL ascendía a la suma de $650.000.000, monto que corresponde al mismo valor supuestamente invertido.

Lo engañoso, es que el título **sólo podría ser cobrado en septiembre de 2014**, es decir, 6 años después, **y por el mismo valor dado en préstamo en el año 2008**, lo que, de ninguna manera aseguraba el pago de los intereses pactados, ni tampoco la recuperación del dinero invertido, con la corrección o actualización monetaria de 6 años.

@Sala Casación Penal@ 2024

En conclusión, la propuesta de inversión presentada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, el 20 de mayo de 2008, es engañosa porque: *(i)* los procesados se presentaron ante MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, como gerente y asesor financiero de una sociedad corredora de valores, cuando la realidad era que Probolsa no tenía esa calidad; *(ii)* ofrecieron una operación de intermediación y productos y servicios exclusivos del mercado público de valores, sin que la empresa, ni ellos, estuvieran legalmente autorizados para ese efecto; *(iii)* mimetizaron lo que en realidad era un mutuo o préstamo de dinero, introduciendo conceptos y productos exclusivos del mercado público de valores, a fin de que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL creyera falsamente que lo ofrecido era una inversión en el mercado bursátil; y *(iv)* ofrecieron una

garantía engañosa, en tanto, no tenía la virtualidad de asegurar la inversión y su cumplimiento.

Pero el engaño no culminó allí, pues, dos días después, el 22 de mayo de 2008, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO le presentó a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, un nuevo documento con el siguiente contenido:

> «La presente es para **manifestar claridad en el manejo de las inversiones que podremos realizar** como asesores financieros de la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, **Probolsa S.A., sería el gestor de la compra de títulos TES** con clasificación AAA y riesgo crediticio cero (Nación), **títulos que se comprarían a nombre de la ESE Hospital Francisco de Paula Santander**, con el DCV (Depósito centralizado de Valores de Colombia) en su DCV en el Banco de la República, **por intermedio de nuestra firma Comisionista aliada Serfinco S.A.**
>
> Teniendo como PLUS este manejo que **la rentabilidad sería óptima y fija**, pactada al término que la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, tenga destinado el uso de los recursos financieros. Y también realizando desembolsos de rendimientos mensuales»[19].

Sala Casación Penal © 2024

Como se ve, NARANJO ZAMBRANO en este documento no incorporó el concepto de *"nota estructurada",* como si lo había hecho en la carta enviada dos días antes, sino que, en esta oportunidad refirió que Probolsa sería «*el gestor de la compra*» de unos Títulos de Tesorería TES, con lo cual cambió de manera drástica, aunque soterrada, la supuesta propuesta de inversión, pues, tal y como lo explicaron los expertos *Carolina Ramírez Velandia y Manuel Gonzalo Álvarez Ríos*, se trata de productos diferentes; no obstante,

[19] Folio 122, "Cuaderno de evidencias N° 1".

se insiste, ni la sociedad comercial ni el procesado estaban autorizados para ofrecer, promocionar, gestionar ni llevar a cabo ningún tipo de actividad relacionada con el mercado público de valores, incluyendo la compra de Títulos de Tesorería, TES.

El cambio de producto financiero no es fortuito ni producto de un error intrascendente. Se explica por la necesidad de ajustar la oferta comercial a una inversión que sí pudiera realizar el Hospital Francisco de Paula Santander, entidad que, conforme la ley, sólo podía invertir sus excedentes de liquidez en Títulos de Tesorería, TES, clase "B".

@Sala Casación Penal@ 2024

Por otra parte, en el documento se indicó que la adquisición de los Títulos de Tesorería, TES, se realizaría «**por intermedio de nuestra firma Comisionista aliada Serfinco S.A.**», hecho que resulta trascendente, pues, por un lado, corrobora el dicho de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien aseguró que NARANJO ZAMBRANO se presentó como representante de las empresas Probolsa y Serfinco; y, del otro, porque por primera vez aparece objetivada la intervención de la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., en estos hechos.

Sin embargo, tal afirmación es falsa, es decir, no era cierto que la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., fuera aliada comercial de Probolsa.

Sobre este tema, *Natalia Cárdenas Velásquez,* quien para la época de los hechos se desempeñaba como secretaria general de la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., manifestó que durante el tiempo que laboró en esa empresa, «nunca estuvo dentro de su política o su plan de negocios -de la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a.- celebrar alianzas con terceros, con ningún tercero»[20] y refirió, de manera categórica, que Serfinco y Probolsa no tenían alianza de ningún tipo; sin embargo, conoció que ésta última, por iniciativa propia y sin autorización, «se promocionaba como aliado de Serfinco s.a., sin embargo, eso no era cierto».

Sala Casación Penal@ 2024

En contrario, dentro del presente asunto se probó que la única relación existente entre Probolsa y Serfinco s.a., era de comitente-comisionista, respectivamente, en virtud de un contrato de comisión de valores: la empresa, a través de la sociedad comisionista, realizaba operaciones de compraventa y transferencias de Títulos de Tesorerías TES, en cuenta que era manejada por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ.[21]

En este punto, surge el siguiente interrogante ¿por qué JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO manifestó falsamente que Probolsa s.a. y Serfinco s.a. eran aliadas?, sencillamente, porque el procesado sabía que Probolsa no podía negociar Títulos de Tesorería, TES, a favor del Hospital Francisco de Paula Santander, dado que no era una sociedad comisionista

[20] A partir del récord 17:53.
[21] A partir del récord 19:10.

de bolsa, como sí lo era Serfinco s.a., de modo que, al introducir en la propuesta la participación de una sociedad comisionista, se desdibujaría cualquier sospecha que se pudiera generar respecto de la realización de la supuesta inversión a través de Probolsa s.a.

Como se ve, entonces, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, lejos de dar claridad a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, sobre la supuesta inversión en el mercado público de valores, lo que hizo fue modificar la propuesta inicial para que se ajustara a una inversión que el hospital pudiera realizar, e introdujo la participación de una sociedad comisionista de bolsa y del Banco de la República, con la única finalidad de transmitirle seguridad y confianza.

Sala Casación Penal@ 2024

Hasta aquí se encuentra acreditado más allá de toda duda razonable, que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO desplegaron múltiples y variadas estrategias, con las que transfiguraron la verdad, con la única intención de hacerle creer equivocadamente a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL que a través de la empresa Probolsa s.a. podía invertir los excedentes de liquidez del hospital que gerenciaba, en la adquisición de productos del mercado público de valores, para que dispusiera de los dineros del hospital en su favor, ardides que, junto con otros hechos que se reseñarán a continuación, crearon un escenario de error, determinante parta que MELVA LILIA les entregara una gruesa suma de dinero.

En efecto, la procesada MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL manifestó que, recién posesionada en el cargo, *Darío Fernando Daza Dorado* -secretario privado de la gobernación del departamento del Cauca- e *Iván Guerrero Guevara* -secretario de salud del departamento-, la visitaron en su oficina y le hicieron una exposición sobre el estado financiero de la E.S.E., oportunidad en la que le dijeron que a nombre del hospital había dos CDT en el Banco de Occidente[22]. Al cabo de unos días, *Daza Dorado* la llamó y le pidió que recibiera a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, persona cercana a la gobernación del Cauca y quien le iba a presentar una propuesta de inversión en torno de los referidos CDT.

Sala Casación Penal@ 2024

Dijo que a los pocos días acudió a su oficina JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, quien se presentó como recomendado de la gobernación del Cauca y representante de las empresas aliadas comisionistas de bolsa Probolsa s.a. y Serfinco s.a., y le presentó un portafolio de inversión que generaría una rentabilidad de un 12% efectivo anual, porcentaje muy superior al ofrecido por los Bancos de Occidente y Bancolombia -10% E.A.-, por lo que la propuesta le pareció atractiva, sin embargo, dijo que lo iba a pensar.

Al tiempo, sostuvo la acusada, *Daza Dorado* la llamó por teléfono y le preguntó si había recibido a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, y si efectivamente realizaría la inversión,

[22] A partir del récord 10:29.

a lo que respondió que prefería esperar que designaran al gerente en propiedad.

Después, refirió, en la sede de la gobernación del Cauca, casualmente se encontró con *Darío Fernando Daza Dorado,* quien nuevamente le preguntó si había realizado la inversión, a lo cual contestó que no; ante ello, el funcionario llamó a la tesorera de la gobernación, María Elena Ramírez Rengifo, quien, apoyada en documentación, le explicó de qué se trataban esos títulos y le dijo que ofrecían amplia seguridad y rentabilidad, de modo que, se trataba de un negocio factible a tal punto que la gobernación del Cauca ya había invertido unos dineros en la adquisición de TES con Probolsa s.a. y Serfinco s.a.[23], por intermedio de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO.

Sala Casación Penal@ 2024

Días más tarde, planteó el asunto ante el Consejo Directivo del hospital, buscando que se le aprobara la inversión, oportunidad en la que *Diego Fernando Daza Dorado* -quien fungía como presidente del Consejo- le advirtió que no necesitaba tal aprobación, dado que contaba con autonomía para tomar ese tipo de decisiones, que no tuviera miedo, que realizara la inversión.

Cuando a la procesada se le preguntó si alguna persona le explicó en qué consistía la inversión, refirió que *Darío Fernando Daza Dorado* y María Elena Ramírez Rengifo, le

[23] A partir del récord 17:43.

aclararon que se trataba de la compra de unos Títulos de Tesorería, TES, de calificación triple A, inversión que era segura, rentable y factible, en tanto, estaba respaldada por el Banco de la República;[24] misma explicación que le suministró JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO;[25]entonces, como no tenía ningún tipo de conocimiento sobre inversión en el mercado público de valores, ni experiencia en cargos administrativos, confió en lo que los funcionarios de la gobernación le dijeron acerca de la seguridad y rentabilidad de la inversión, y la seriedad y transparencia de las empresas Probolsa s.a. y Serfinco s.a.

@Sala Casación Penal@ 2024

MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL aseguró que aceptó la propuesta presentada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, por lo que decidió invertir los dineros del hospital, en la suma de seiscientos cincuenta millones de pesos ($650.000.000), por las siguientes razones: *(i)* los títulos iban a estar custodiados por el Banco de la República, hecho que le generó confianza; *(ii)* la rentabilidad era mayor a la ofrecida por las entidades bancarias que consultó; *(iii) Darío Fernando Daza Dorado,* quien se desempeñaba como secretario privado del gobernador y fungía como presidente del Consejo Directivo del hospital, le había recomendado e insistido en que llevara a cabo la inversión; *(iv)* María Elena Ramírez Rengifo, tesorera de la gobernación del Cauca, le recomendó que hiciera la inversión, en tanto, resultaba segura y

[24] A partir del récord 56:03.
[25] A partir del récord 57:00.

rentable; *(v)* le dio mucha tranquilidad y confianza que una entidad de envergadura y seriedad, la gobernación del Cauca, hubiera hecho similar inversión con las mismas empresas y personas[26]; y *(vi)* confió en lo que le manifestaron los funcionarios *Darío Fernando Daza Dorado* y María Elena Ramírez Rengifo, acerca de la seguridad y rentabilidad de la inversión, y la seriedad y transparencia de las empresas Probolsa s.a. y Serfinco s.a.

Y, finalmente, dijo que «ellos hábilmente abusaron de mi buena fe, de mi buena voluntad y yo sinceramente le creí al doctor Darío Daza»[27]; al contrainterrogársele sobre este punto, contestó: «El señor NARANJO se presentaba, siempre se presentó que venía de la Gobernación ¿cierto?, ese pedacito allí de que el doctor *Darío,* el presidente del Consejo, me llama, me los recomienda prácticamente, ¿cierto?, y todas esas situaciones en las que me dicen sí se puede, usted puede hacer eso, usted puede hacer esa actividad, eso no tiene ninguna complicación, eso se puede hacer, entonces yo pienso que pues, en vista que hicieron, presentaron una cara muy bonita, algo muy rentable, muy llamativo ¿cierto?, y pues, realmente digo que yo también soy una víctima porque presentaron una cara bonita y yo sinceramente no tenía ni idea que había otro escenario…»[28], y más adelante dijo: «Yo me siento una víctima más como persona del engaño de estas personas. Hábilmente ingresaron al hospital a través de personas responsables como es la gobernación y pues, lamento yo que no haya tenido cuidado en una misión que se me encomendó»[29]

@Sala Casación Penal@ 2024

[26] A partir del récord 33:03.
[27] A partir del récord 31:14.
[28] A partir del récord 1:00:18.
[29] A partir del récord 39:05.

La versión de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, según la cual fue engañada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, resulta creíble, en tanto, algunos de los hechos referidos por ella aparecen corroborados con otros medios de convicción.

En efecto, en el juicio oral se recibió el testimonio de *Darío Fernando Daza Dorado*[30], quien manifestó que, para la época de los hechos, la instrucción del gobernador consistía en que se les indicara a las Empresas Sociales del Estado, que se asesoraran con la tesorería de la gobernación del Cauca, dado que en el departamento «se venía gestando una muy buena experiencia de rendimientos financieros»[31], a fin de que invirtieran los recursos en establecimientos bancarios consolidados que ofrecieran una mayor rentabilidad, con la finalidad de utilizar los réditos en el programa social bandera del departamento, denominado "Cauca sin Hambre"; sin embargo, negó que hubiera recomendado a alguna entidad, empresa o persona en particular[32], para llevar a cabo las inversiones.

@Sala Casación Penal@ 2024

Por lo anterior, el defensor de la procesada le puso de presente el acta N° 004 del 12 de junio de 2008[33], del Consejo Directivo del Hospital Francisco de Paula Santander, en la que participaron, entre otras personas, *Darío Fernando Daza*

[30] A partir del récord 1:55.
[31] A partir del récord 15:42.
[32] A partir del récord 16:30.
[33] A folios 73 a 79, "Cuaderno de evidencias N° 1".

Dorado -presidente del Consejo Directivo- y MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL -gerente del hospital-, y le pidió que leyera el siguiente apartado del referido documento: «El doctor Darío Daza informa sobre el manejo de los CDT de propiedad de la Institución, **esta fue una observación que desde el gobierno central se le dio a la Gerente de revisar los rendimientos de algunos dineros de las Empresas que están destinados a reservas y que se encontró este grupo Serfinco, que liquida a unos mejores intereses, a través del banco de La República**»[34].

Ante la contradicción, el declarante explicó que, por el paso del tiempo, era posible que hubiera olvidado que mencionó a la empresa Serfinco s.a., sin embargo, adujo que no se trató de una imposición, que siempre se le pidió a las E.S.E. que se asesoraran con la tesorería de la gobernación del departamento del Cauca y que la mención o recomendación de esa empresa se explicaba porque «al interior de los consejos de gobierno departamental presentaban unos informes fiscales donde demostraban que muchos de los recursos del departamento del Cauca estaban obteniendo mejores rendimientos financieros…nosotros conocimos al interior de los consejos de gobierno del departamento del Cauca, como una acción totalmente clara, transparente que venía presentando la secretaría de hacienda y la tesorería ante unas instancias que se creía en su momento que cumplían con todos los requisitos legales para captar estos recursos y manejarlos con plenas garantías»[35].

Sala Casación Penal@ 2024

[34] A partir del récord 19:44.
[35] A partir del récord 25:54.

Como se ve, con la declaración de *Darío Fernando Daza Dorado* y el acta N° 004, del 12 de junio de 2008, del Consejo Directivo del Hospital Francisco de Paula Santander, se corrobora el dicho de la procesada, en cuanto a que, desde la gobernación del Cauca se le recomendó que invirtiera los excedentes de liquidez, a través de la Sociedad Comisionista de Bolsa Serfinco s.a., con la intención de que los rendimientos obtenidos fueran invertidos en el programa bandera del departamento "Cauca sin Hambre", por la experiencia de inversión del ente territorial con las empresas Serfinco s.a. y Probolsa s.a., la cual, hasta ese momento, había sido segura, confiable y rentable.

Sala Casación Penal@ 2024

Sobre esto último, se probó que Guillermo Alberto González Mosquera -gobernador del Cauca- y María Elena Ramírez Rengifo -tesorera de la gobernación de ese departamento- suscribieron un contrato de comisión de valores con la Sociedad Comisionista de Bolsa Serfinco s.a., cuenta que fue creada el **13 de marzo de 2008.** Así mismo, se acreditó que entre los meses de marzo y septiembre de 2008, la tesorera María Elena Ramírez Rengifo dispuso de la suma de dieciséis mil millones de pesos ($16.000.000.000), dinero que fue consignado en la cuenta de la sociedad Probolsa s.a., para la supuesta inversión en la adquisición de Títulos de Tesorería TES.

Y, finalmente, se demostró que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, fue la persona que contactó a los funcionaros de

la gobernación del Cauca y quien sirvió de intermediario en la relación comercial entre el departamento y Serfinco s.a.

En efecto, el 4 de marzo de 2008, NARANJO ZAMBRANO le envió un mensaje a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, con el siguiente contenido: **«bien muchas gracias, mañana me llegan los papeles de la gobernación del cauca, cerré el negocio hoy, de antemano te voy a pedir la ayuda con este super cliente»**[36]

Lo anterior es trascendente, en tanto, corrobora el dicho de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, en cuanto, manifestó que la razón por la que recibió a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO en su oficina, estribó en que *Darío Fernando Daza Dorado* se lo pidió y lo recomendó como una persona cercana a la gobernación del Cauca, a través de quien la entidad había invertido unas cuantiosas sumas de dinero.

@Sala Casación Penal@ 2024

En conclusión, dentro del presente asunto aparece acreditado más allá de toda duda razonable, que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL estaba convencida de que la propuesta de inversión presentada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, era seria, segura, confiable, rentable y beneficiosa para el hospital que gerenciaba, como consecuencia del engaño del que fue víctima, dados los artificios que estos desplegaron con esa específica finalidad, a lo que se unió el hecho de que el secretario privado del

[36] Celda 35218.

gobernador, quien también fungía como presidente del Consejo Directivo del Hospital, y la tesorera de la gobernación del Cauca, le recomendaron e insistieron en que realizara la inversión, pues, esa entidad territorial ya la había hecho con las mismas personas y empresas, con altos rendimientos financieros.

Presentado así el escenario, la pregunta que ahora se debe resolver es la siguiente ¿cómo se produjo la apropiación ilícita de los dineros de la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander por parte de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ?

@Sala Casación Penal@ 2024

El 27 de mayo de 2008, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL le solicitó al Banco de Occidente cancelar el Certificado de Depósito a Término fijo -en adelante CDT- que había constituido el hospital, por valor de $250.000.000[37], suma que debía ser consignada en la cuenta del hospital. Al día siguiente, VARGAS SANDOVAL le solicitó al Banco girar un cheque de gerencia por el mismo valor a favor de Probolsa s.a.,[38] y autorizó que este título le fuera entregado a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO[39], previa autorización de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ[40], cheque que fue emitido y luego consignado en la cuenta bancaria de Probolsa s.a., el mismo 28 de mayo de 2008[41].

[37] A folio 57, "Cuaderno de evidencias N° 1".
[38] Folio 69, "Cuaderno de evidencias N° 1".
[39] Folio 110, "Cuaderno de evidencias N° 1".
[40] Folio 112, "Cuaderno de evidencias N° 1".
[41] Folio 126, "Cuaderno de evidencias N° 1".

Ese mismo día -28 de mayo de 2008-, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ le envió un oficio[42] a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, a través del cual le indicó lo siguiente:

> «Por medio de esta comunicación **me permito confirmar operación de NOTA ESTRUCTURADA** en las siguientes condiciones:
>
> | | |
> |---|---|
> | MONTO | $250.000.000 |
> | PLAZO | 360 DÍAS |
> | TASA | 12% E.A. |
> | MODALIDAD LIQUIDACIÓN RENDIMIENTOS | MES VENCIDO |
> | **GARANTÍA** | **PRINCIPAL DE TES** |
> | **PLAZO DEL SUBYACENTE** | **SEPTIEMBRE DE 2014** |
> | VALOR NOMINAL DE LA GARANTÍA | $250.000.000 |
> | RENDIMIENTOS MENSUALES | $2.372.198 |
>
> NOTA: Esta **NOTA ESTRUCTURADA por tener como subyacente un título principal de TES** garantiza el capital y por lo tanto **NO HAY DETRIMENTO PATRIMONIAL.**
> La garantía se depositará en los próximos días en una cuenta DCV o DECEVAL a nombre de ESE Francisco de Paula Santander.
> Por la anterior operación recibimos de ustedes a través de cheque N° 068688 del banco occidente la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE ($250.000.000) con fecha mayo 28 de 2008».

@Sala Casación Penal@ 2024

La elaboración de este documento se constituyó en un ardid más, empleado por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ para mantener en error a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, haciéndole creer falsamente que el dinero había sido invertido en la adquisición de una *"nota estructurada",* cuando la verdad es que ese valor ingresó a una cuenta bancaria de Probolsa s.a. y jamás fue invertido en el mercado público de valores.

[42] Folio 124, "Cuaderno de evidencias N° 1".

Por otro lado, el Hospital Francisco de Paula Santander contaba con un CDT expedido por el Banco de Occidente, identificado con el N° 489609, por un valor de $400.000.000, con fecha de vencimiento 14 de octubre de 2008.

El 28 de mayo de 2008, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL mediante oficio dirigido a la tesorera del Hospital Francisco de Paula Santander, autorizó que ese CDT le fuera entregado a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO,[43] lo que en efecto ocurrió, en la misma fecha, por lo que nuevamente HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, a través de un escrito le confirmó haber recibido el título valor.[44]

Sala Casación Penal@ 2024

De esta manera, se concretó la entrega, por parte de la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander, a través de la gerente MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, de la suma de seiscientos cincuenta millones de pesos $650.000.000, a favor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, resumida en un cheque que fue efectivamente cobrado por la suma de doscientos cincuenta millones de pesos ($250.000.000), y un CDT por valor de cuatrocientos millones de pesos ($400.000.000).

Sin embargo, como el CDT tenía fecha de vencimiento del 14 de octubre de 2008, no podía ser redimido de manera

[43] Folio 115, "Cuaderno de evidencias N° 1".
[44] Folio 118, "Cuaderno de evidencias N° 1".

inmediata, a menos que se negociara en el mercado secundario, a través de la Bolsa de Valores de Colombia.

A partir de este momento surge la necesaria y trascendente intervención de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ en el entramado criminal, pues, sólo a través de una sociedad comisionista de bolsa, se podía realizar esa operación en el mercado público de valores.

La testigo *Natalia Cárdenas Velásquez* -se recuerda, secretaria general de Serfinco s.a.-, explicó que, cuando la Bolsa de Valores de Colombia inició sus operaciones, los instrumentos se negociaban de manera física; sin embargo, por motivos de seguridad se impuso la tendencia de la desmaterialización de los títulos y su registro en el Depósito Centralizado de Valores -DCV- fenómeno que explicó con el siguiente ejemplo:

@Sala Casación Penal@ 2024

> «Supongamos que yo tengo un CDT físico quiero negociarlo en la Bolsa de Valores de Colombia, debo acudir a una firma comisionista de bolsa para que ella vaya a un Depósito de Valores y deposite allá ese título. Ese título queda digamos en una bóveda y lo que se genera para mí, que soy a dueña del CDT, es una anotación en cuenta, básicamente es **un registro electrónico que hay en ese Deposito Centralizado de Valores** que dice que el CDT número tal expedido por el banco X a nombre de Natalia Cárdenas Velásquez es de ella. Ya desmaterializado ese título se puede negociar por bolsa»[45].

[45] A partir del récord 12:39.

La declarante dijo que en Colombia existen dos Depósitos Centralizados de Valores -DCV-, uno, el del Banco de la República, en el que se registran los Títulos de Tesorería TES; y el otro, denominado DECEVAL[46] «donde se depositan o se emiten en forma desmaterializada los títulos de otros emisores de carácter privado ya sean acciones, sean bonos, sean CDT».[47]

Explicó, además, que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia son los *depositantes directos*, mientras que el cliente de éstas se constituye en el *depositante indirecto*, de modo que, todas las negociaciones se tienen que realizar por intermedio de las entidades autorizadas para ello.[48]

Sala Casación Penal@ 2024

Por lo tanto, para que el CDT de propiedad del Hospital Francisco de Paula Santander, pudiera ser vendido en el mercado secundario, era imprescindible que la entidad se vinculara como cliente a una sociedad comisionista de bolsa, a través de un contrato de comisión de valores, en atrás de que ésta pudiera en representación de aquel, desmaterializar el título y negociarlo en el mercado público de valores, hecho que era ampliamente conocido por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en el que todos participaron de manera conjunta y coordinada.

[46] A partir del récord 13:59.
[47] A partir del récord 14:13.
[48] A partir del récord 14:45.

En efecto, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ trabajaron de manera concatenada en el proceso de vinculación del Hospital Francisco de Paula Santander a la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., a través del contrato de comisión de valores, lo que efectivamente se logró el 30 de mayo de 2008.

Así, el 20 de mayo de ese año NARANJO ZAMBRANO, vía chat, le pidió a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, que le enviara los formularios de apertura de cuenta de la sociedad comisionista Serfinco s.a., para vincular a la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander;[49] sin embargo, el formulario de apertura de cuenta fue suscrito por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, pues, era ella quien laboraba en Serfinco s.a.

Sala Casación Penal@ 2024

Además, entre el 28 y el 30 de mayo se comunicaron de manera permanente respecto de los documentos que NARANJO ZAMBRANO debía adjuntar a la solicitud,[50] el momento en el que éste último los presentó en la sede de Serfinco s.a. en la ciudad de Cali,[51] y finalmente, cuando JUANITA IRAGORRI LÓPEZ le reportó a JOSÉ FERNANDO y a HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, que la cuenta del hospital ya había sido creada.

Una vez cumplido lo anterior, lo que siguió en el plan criminal fue la desmaterialización del título, su negociación

[49] Cuadro Excel "Chat JILO abril-junio08", celdas 18400 a 18408.
[50] Celdas 18432 a 18444.
[51] Celdas 22281 a 22283.

y pago **a favor de Probolsa s.a**., lográndose así la apropiación del dinero producto de la venta del título valor, todo lo cual sucedió el 3 de junio de 2008, hechos en los que participaron de manera conjunta y concatenada JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ. Véase:

El extracto de la cuenta DECEVAL del Hospital Francisco de Paula Santander, en el que, se reitera, se depositan los títulos valores físicos y se emiten en forma desmaterializada para que sean negociados en el mercado de valores, da cuenta de las operaciones que se llevaron a cabo el 3 de junio de 2008, respecto del CDT Banco de Occidente.

@Sala Casación Penal@ 2024

La primera operación, se registró con el número 2855 y consistió en el "INGRESO DE VALORES A DEPÓSITO", por un valor de $400.000.000, y la segunda, con el número 3192, que consistió en "SALIDA X TRANSFERENCIA POR VENTA"; es decir, este documento revela que el 3 de junio ingresó el título valor, fue desmaterializado y salió por venta.

De otro lado, el extracto de la subcuenta del hospital, de la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., arroja que el 3 de junio de 2008, se llevaron a cabo los siguientes movimientos: *(i)* "**VENTA DE 400.000.000 CDT BCO. DE OCCIDENTE** SECUNDARIO UV AL 100.4280% EFECT: 0.00% CUMPLIMIENTO: 03/06/2008 VENCIMIENTO: 14/10/2088 TASA EMISIÓN: 10.14% FACTURA: 606962"

por un valor de **$401.712.000;** y *(ii)* el giro del cheque N° 701301 por la venta del CDT por un valor de **$400.111.553**,**68,** previo el descuento de la suma de $1.600.446,21 por concepto de impuesto del cuatro por mil.

Es decir, este documento revela que el 3 de junio de 2008, el CDT que había constituido el Hospital por la suma de $400.000.000, fue vendido por un valor de $401.712.000, el cual fue pagado a través del cheque N° 701301, por $400.111.553,68, que debía ser entregado al hospital, sencillamente, porque era el propietario del título valor.

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ vendió el CDT, sin autorización previa del hospital y por orden de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, y pagó el producto de la venta a Probolsa s.a., luego de que JOSÉ FERNANDO ZAMBRANO NARANJO le hubiese pedido a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, que emitiera una orden en ese específico sentido. A ello procedió, como consecuencia del engaño en el que se encontraba.

En efecto, el 3 de junio de 2008, a las 9:03 a.m., HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ le dijo a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ «HOY SI NECESITO URGENTE QUE ME COLABORES CON EL CDT Y LA PLATA QUE ME PUEDAS LIBERAR»[52] a lo que ella le contestó: «lo del CDT, el cliente está creado y **el cdt en Deceval, estoy esperando q esté desmaterializado**»[53], hecho que ocurrió a las 11:43,[54] por lo

[52] Celda 23691.
[53] Celdas 23701 y 23702.
[54] Celda 24414.

que, 10 minutos después HÉCTOR JAIRO le dijo a JUANITA «JUANA, LISTO, QUE VENDAS EL CDT, YA HABLAMOS CON DECEVAL»[55] a lo cual contestó "ya me lo desmaterializaron, estoy ya en la venta, te cuento»[56]. Luego, a las 12:44, JUANITA le dijo a HÉCTOR: **«ya lo tengo vendido»;** y después, a las 14:52 le informó: «ya la plata está en la cuenta del hospital, 401.712.000, **falta la carta para girar**»[57] es decir, para transferir ese dinero a favor de Probolsa s.a.

Estas comunicaciones son del todo trascedentes, pues, revelan que JUANITA IRAGORRI LÓPEZ vendió el CDT de propiedad del Hospital Francisco de Paula Santander, siguiendo las órdenes de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, quien no tenía ninguna relación con el Hospital, ni mucho menos, con el título valor, con lo cual desconoció de manera flagrante los principios que rigen el contrato de comisión de valores.

Sala Casación Penal@ 2024

Sobre este tema, *Natalia Cárdenas Velásquez* manifestó lo siguiente:

> «El contrato de comisión es una especie de mandato en donde una persona, que en este caso es el cliente, le encarga a un profesional, que es la sociedad comisionista, la ejecución de uno o varios negocios. El contrato de comisión tiene una particularidad importante y es que se hace a nombre propio, pero por cuenta ajena. ¿Qué significa que se hace a nombre propio? que, si bien el cliente le da la instrucción a la sociedad comisionista de ejecutar una instrucción, imparte una orden, quien realiza el negocio es la sociedad comisionista de bolsa con otra sociedad comisionista de bolsa. Al mercado de valores colombiano solamente pueden

[55] Celdas 24424 a 24427.
[56] Celdas 24428 y 24449.
[57] Celdas 24867 y 24868.

acceder a la bolsa, solamente las sociedades comisionistas de bolsa, ellas son las que celebran entre sí las operaciones de acuerdo con las instrucciones que les han impartido sus clientes, pero es por cuenta ajena, ¿por qué?, porque los recursos para poder ejecutar las órdenes y las instrucciones de los clientes los proveen los clientes y el producto de esas operaciones que ellos ordenan se les entregan a los clientes»[58]

Y, más adelante, esto dijo la testigo:

«Teniendo en cuenta que Probolsa era cliente bajo el contrato de comisión, digamos toda la regulación en materia del manejo de los recursos de Probolsa es la que aplica al manejo de los recursos de clientes de las sociedades comisionistas de bolsa, es básicamente el principio de separación patrimonial como les digo, **y el reconocimiento de que los recursos de los clientes, a pesar de que sean administrados por la sociedad comisionista de bolsa, y estén en cuentas bancarias administradas por la sociedad comisionista de bolsa, son propiedad de los clientes, ellos siguen manteniendo sobre esos recursos las facultades de uso, goce y disposición**, y la única razón por la que la sociedad comisionista las tiene en sus cuentas es porque está a la espera o de una instrucción del cliente o porque ese dinero es el producto de un negocio que el cliente ya celebró, y entonces el cliente o lo va a retirar o piensa invertirlo en algo más, **eso digamos es sagrado en bolsa, sin que exista eso, no es posible, digamos, sostener un mercado de valores y un esquema de intermediación.**

Sobre ese punto la Superintendencia Financiera tiene un concepto que me parece muy bueno, es del año 2010, es radicado 2010041185 y ahí la Superintendencia es muy clara en señalar cuál es el marco que aplica, obligaciones, deberes y derechos de los clientes y las sociedades comisionistas de bolsa sobre recursos de clientes. Entonces, empieza la Superintendencia por recordar que el contrato de comisión es una especie del contrato de mandato, que la orden que el cliente imparte a la sociedad comisionista de bolsa obviamente incluye la capacidad de ejecutar todos los actos necesarios para poder cumplir con esa orden **y que no puede la sociedad comisionista de ninguna manera exceder los límites de ese encargo, ir más allá de las instrucciones que dan los clientes, entonces cada movimiento de recursos, cada operación que hay registrada por una sociedad comisionista**

[58] A partir del récord 8:20.

Sala Casación Penal© 2024

de bolsa tiene que estar soportada en una instrucción de un cliente, y ¿cómo se logra mantener un control sobre esto? a través de la grabación o del registro en correos electrónicos o en comunicaciones físicas de las órdenes de los clientes»[59].

Como se ve, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ sólo podía negociar el título valor, siempre y cuando existiera **de manera previa** una específica instrucción en ese sentido por parte del Hospital Francisco de Paula Santander, en tanto, propietario del título valor, hecho que era conocido por ella, dada su experiencia de más de tres años en Serfinco s.a., como profesional del mercado de valores.

Una vez vendido el título valor, para que el producto de la venta fuera a parar a las arcas de Probolsa s.a., era imprescindible que existiera una orden de MELVA LILIA en ese específico sentido, en tanto, la emisión del cheque no dependía exclusivamente de JUANITA IRAGORRI. En este momento, nuevamente aparece la necesaria participación de JOSÉ FERNANDO ZAMBRANO NARANJO, quien se encargó de pedirle a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, que emitiera una orden en los términos que JUANITA IRAGORRI LÓPEZ le dictó.

Sala Casación Penal@ 2024

En efecto, a las 12:47:56, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ le informó a HÉCTOR JAIRO que había vendido el CDT y que «ya la plata está en la cuenta del hospital, 401.712.000, **falta la carta para girar**»[60], y ocho segundos después, a las 12:48:04, le escribió

[59] A partir del récord 20:01.
[60] Celdas 24867 y 24868.

a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO. Sostuvieron la siguiente comunicación:

«J.I.: necesito la carta»
J.F.: pero ya te dije que después de las dos yo ya hablé con la gerente y me dijo que sí
J.I.: OK, PERDÓN
J.F.: fresca, vos sabes que se te quiere
J.I.: EHH PERO ME ESTÁN ENLOQUECIENDO HOY, TODOS HABLANDO
J.F.: jejejejejejeje
J.I.: pero ya estoy pasando por mec eso
J.F.: esooooooooooooooooooo»

Luego, a partir de las 14:10:59 JUANITA y JOSÉ FERNANDO sostuvieron la siguiente comunicación:

Sala Casación Penal@ 2024

«J.I.: Hola, **la carta del hospital debe decir Autoriza la venta del Cdt Banco de occidente, Femisión (sic) 17.04.08, F vencimiento 14.10.08, valor nominal 400.000.000 a un precio de 100.428, girar cheque con CRUCE sencillo y entregar a XXX de Probolsa, debe decir así. Hola**.
J.F.: ok
J.I.: listo, gracias amigo
J.F.: girar a nombre de Probolsa?
J.I.: noo, cruce sencillo
J.F.: y quien levanta el sello
J.I.: y entregar a NO se quien funcionario de Probolsa, sale con cruce sencillo, y ustedes lo pueden endosar y consignar y así no hay 4 x mil
J.F.: ok
J.I.: si lo ponen a nombre probolsa les cobran 4 x mil, ok?
J.F.: sí, ya entendí ok
J.I.: ok»

Minutos después JUANITA IRAGORRI LÓPEZ le informó a HÉCTOR JAIRO BONILLA, lo siguiente: «corazón, ya solo dependo de la carta para girar el cheque», y seguidamente se comunicó con una persona a través del correo electrónico alfonsoaulestia@hotmail.com, con quien sostiene la siguiente

comunicación: «Hay esas dos opciones: 1. Sello cruce sencillo y sin 4 x mil. 2. A nombre Probolsa con 4 x mil. Y que por fa te pongas de acuerdo con José Naranjo que me dice que te di otras instrucciones a ti», quien le contesta: «A NOMBRE DE PROBOLSA, ASUMO EL 4X1000», por lo tanto, JUANITA le dice a JOSÉ FERNANDO «Alfonso cambio, que a nombre de Probolsa y que asumen 4 x mil» y él contesta «Ok gracias».

Información que NARANJO ZAMBRANO le transmitió a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien suscribió el siguiente documento, dirigido a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ:

> «Por medio de esta comunicación me permito solicitar que el producto de la venta del CDT N° 489609 a nombre ESE Hospital Francisco de Paula Santander por valor de $400.000.000 con las siguientes características…
> **Sea girado a nombre de PROBOLSA S.A**. con Nit… con cruce sencillo, por valor de $401.712.000 a un precio de mercado de 100.428.
> Autorizamos entregar cheque al señor RONALDO VINASCO CIFUENTES, identificado con cédula…empleado de PROBOLSA S.A.»

Sala Casación Penal@ 2024

Con la carta, Serfinco s.a. emitió el cheque N° 701301, por un valor de **$400.111.553**,**68,** el cual fue consignado el mismo 3 de junio de 2008, en la cuenta corriente N° 6026533799, de Probolsa s.a. en el banco Bancolombia, tal y como aparece en el extracto bancario[61].

De modo que, el producto de la venta del CDT de propiedad del Hospital Francisco de Paula Santander fue a

[61] A folio 131, "Cuaderno de evidencias N° 1".

parar a las arcas de Probolsa s.a., de manera abiertamente ilícita; suma que, junto con el cheque que por valor de $250.000.000, le entregó MELVA LILIA a JOSÉ FERNANDO, el 28 de mayo de ese mismo año, arroja un valor total de **$650.111.553,68**.

Ya estando el dinero en la cuenta corriente de Probolsa s.a., JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ necesitaban constituir un Título de Tesorería, TES, a favor del Hospital Francisco de Paula Santander, para mantener en el error a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, respecto a que, el dinero entregado había sido invertido en la forma prometida, con el fin de evitar ser descubiertos en su plan criminal.

Sala Casación Penal@ 2024

Para ello, el 5 de junio de 2008 HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ le ordenó a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en virtud del contrato de comisión que los vinculaba, que comprara un Título de Tesorería, TES, con un **valor nominal** de $651.712.000 a septiembre de 2014, y un **valor de mercado** o de giro por **$334.807.916**, operación que efectivamente se realizó el 6 de junio de 2008, conforme aparece en el extracto de la cuenta DCV de Probolsa.

Sobre la diferencia entre el valor nominal y el valor de mercado, *Manuel Gonzalo Álvarez Ríos* explicó que el primero es el que aparece en el título y representa la cantidad debida **en el momento de su vencimiento**; y el *valor de mercado* o

de *giro,* es el precio al que se negocia el título en el mercado en un momento determinado; por esa razón, un TES PRINCIPAL se negocia por un valor de mercado o de giro inferior al valor nominal, y la utilidad de la inversión se constituye en la diferencia del precio con referencia al plazo, por eso, dijo el testigo, no resulta rentable y, por el contrario genera detrimento patrimonial, el que se compre un Título de Tesorería, TES, hoy, al mismo precio por el que será redimido años después.

Ahora bien, ese mismo día HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ le envió una carta a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, a través de la cual le solicitó lo siguiente: «trasladar de la cuenta DCV, de PROBOLSA S.A., por valor NOMINAL la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES SETESCIENTOS DOCE MIL PESOS MCTE ($651.712.000) TÍTULOS PRINCIPALES DE TES CON VENCIMIENTO SEPTIEMBRE DE 2014 a la entidad HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER ESE…»;[62] título que efectivamente ingresó a la subcuenta DCV del Hospital Francisco de Paula Santander, el 6 de junio de 2008; es decir, el título fue trasladado de la subcuenta de Probolsa s.a., a la subcuenta del hospital, sin que se hubiera llevado a cabo ninguna operación en el mercado de valores.

Sala Casación Penal@ 2024

Es decir, el Título de Tesorería, TES, que ingresó a la cuenta DCV del Hospital, por un valor nominal de $651.712.000, en realidad costó $334.807.916 (se debe precisar, de los más de seiscientos millones de pesos que

[62] A folio 138, “Cuaderno de evidencias N° 1”.

recibió Probolsa del hospital, solo destinó esta última suma al pago del TES, pues, lo que resta para el valor nominal se constituye con los rendimientos que genera su venta varios años después); la diferencia, es decir, la suma de **$316.904.084** fue objeto de apropiación ilícita por parte de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ.

Ese mismo día, con la finalidad de continuar con el engaño, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO le pidió a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ «¿me puedes enviar hoy el original DCV del Hospital Francisco de Paula Santander?»; quien así procedió enviándolo por fax y por correo, documento que luego NARANJO ZAMBRANO le entregó a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, certificado en el que sólo constaba que a nombre del hospital había un Título de Tesorería TES por un valor nominal de $651.712.000, monto que, no sobra resaltar, coincidía exactamente con el que fue entregado por ella a los procesados, para que llevaran a cabo la supuesta inversión; sin embargo, en el documento no aparece el valor de giro o de mercado del título, de modo que, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL nunca conoció que, en realidad, lo que se había pagado por ese TES era la suma de $334.807.916.

Sala Casación Penal@ 2024

Es decir, los recursos entregados por la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander para la realización de la supuesta inversión, si bien, coincidían exactamente con el valor nominal del Título de Tesorería TES trasladado al

portafolio de la entidad pública -asunto que no es meramente circunstancial, sino que se erigió en elemento sustancial del engaño, para que la gerente del hospital creyera que el título representaba todo lo entregado a Probolsa-, no correspondía al valor pagado para la inversión.

Si MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL hubiese tenido un mínimo de conocimiento respecto de la diferencia entre el valor de mercado y el valor nominal, hubiera advertido la inconsistencia; sin embargo, se trataba de un tema ajeno para ella, razón por la que confió en los funcionarios de la gobernación del Cauca, de quienes, estimó, sabían del tema, pues, esa entidad había hecho la misma inversión.

Sala Casación Penal@ 2024

En contrario, el que, en el certificado emitido por el Banco de la República, apareciera que a nombre de la entidad que ella gerenciaba, había un título por el mismo valor que le entregó a Probolsa, le dio tranquilidad y seguridad, en tanto, entendió, equivocadamente, producto del error en el que fue inducida por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, que el dinero estaba custodiado por el emisor.

Mismo yerro en el que incurrió *Juan Pablo Peláez Velasco,*[63] quien fue designado en el cargo de gerente de la ESE Hospital Francisco de Paula Santander, en remplazo de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien manifestó que, cuando

[63] A partir del récord 25:06.

se posesionó en el cargo, esta le entregó un certificado del Banco de la República, en donde constaba que a favor del hospital había un Título de Tesorería, TES, por un valor de $651.712.000, con fecha de redención para el mes de septiembre de 2014; sin embargo, dijo el declarante, «en el extracto del Banco de la República ellos nunca ponen, es que no es un extracto, lo llaman portafolio, ellos nunca te ponen "vea, ustedes tienen 651 millones de pesos y en el 2014 le vamos a pagar tanto", ponían era el valor, 651 millones, fecha de redención, septiembre algo, entonces ahí uno quedaba, uno de esa parte no sabe bien».[64]

Más adelante, cuando al testigo se le preguntó «¿o sea que usted estaba convencido que el negocio era legal, que no había ninguna ilicitud de momento?»[65] contestó: «En ese momento sí, porque era a través de Serfinco, una comisionista de bolsa conocida, y tengo un extracto del Banco de la República donde me dice aquí tiene usted esta plata, yo creo que un documento del Banco de la República es muy, el Banco de la República es lo más sólido que hay en este país».

Sala Casación Penal@ 2024

El defensor de JUANITA IRAGORRI LÓPEZ refiere que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL -gerente del hospital-, y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ -asesor y gerente de Probolsa, respectivamente-, celebraron un contrato de mutuo, negocio jurídico en el que ninguna participación tuvo su representada, razón por la que no se le puede endilgar ninguna responsabilidad, más aún, cuando su intervención

[64] A partir del récord 25:06.
[65] A partir del récord 26:32.

ocurrió después de que el contrato de mutuo se encontraba perfeccionado.

Esta es una postura imprecisa del defensor, pero contraria al contenido de las pruebas, en tanto desconoce que, precisamente, una de las maniobras engañosas desplegadas por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ consistió en mimetizar lo que en realidad era un mutuo o préstamo de dinero, bajo el ropaje de una operación exclusiva del mercado público de valores, a fin de que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL creyera falsamente que lo ofrecido era una inversión en el mercado bursátil y, así, procediera a disponer de los dineros del hospital.

Sala Casación Penal@ 2024

Precisamente, ello se constituyó en una de las argucias iniciales que desplegaron los procesados, para engañar a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, de modo que no puede decirse que esta última celebró válidamente un contrato de mutuo con JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ.

Además, los actos ejecutados por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ no dejan ninguna duda acerca de su compromiso con la empresa criminal liderada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, y su aporte esencial y trascedente para la consecución de la finalidad pretendida por todos ellos, que no era distinta que apropiarse de los bienes del Hospital Francisco de Paula Santander.

En efecto, JUANITA vinculó al hospital a Serfinco s.a., con la directa intermediación y participación de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, a sabiendas que en la relación comercial entre el cliente y la sociedad comisionista de bolsa no podía haber intermediarios, mucho menos de una persona como NARANJO ZAMBRANO quien no era profesional del mercado de valores ni laboraba en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Además, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ incumplió de manera flagrante y dolosa con el deber de brindarle la información necesaria, suficiente, exacta, completa y veraz a su cliente, el hospital Francisco de Paula Santander, acerca de la inversión, su naturaleza, características, riesgos, tarifas, comisiones, etc.; y con el deber de brindarle asesoría al hospital a fin de que contara con suficientes y adecuados elementos de juicio para tomar las decisiones de inversión; omisiones que fueron necesarias para engañar y mantener en error a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL.

Sala Casación Penal@ 2024

Por otro lado, IRAGORRI LÓPEZ obró de manera desleal y contrarió los principios de confianza y seguridad que sostienen el mercado público de valores, en tanto, realizó operaciones sin contar con la autorización previa del cliente, en detrimento de éste, y para beneficiar a un tercero.

Sin embargo, las maniobras engañosas no cesaron allí. En efecto, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL manifestó que otro

hecho que le generaba confianza, consistía en que Probolsa puntualmente le pagaba los intereses a los que se había comprometido en la supuesta propuesta de inversión, durante el tiempo que ella permaneció en el cargo y meses después, lo que generó en ella seguridad y seriedad.[66]

En efecto, cuando a la procesada se le preguntó: «¿usted considera que fue engañada?»[67], la testigo contestó lo siguiente: «Yo considero que abusaron de mi buena fe y de mi inexpertica, es decir, el señor que llegó a presentar a Probolsa como matriz de Serfinco, y custodiados a través del Banco de la República muy hábilmente me envolvió, y pues lo otro, la paga de los intereses, puntualmente pagaban los intereses, entonces eso a uno no le da pie a desconfiar»[68]

Sala Casación Penal@ 2024

Este hecho aparece corroborado con el testimonio de *Juan Pablo Peláez Velasco*[69] y con una constancia[70] de fecha 8 de julio de 2009 suscrita por Teresa Ledezma, tesorera del Hospital Francisco de Paula Santander, documento incorporado por *Guillermo Chicaiza Ordoñez*, mediante la cual certificó lo siguiente:

> «Que en los extractos bancarios de la cuenta corriente de Bancolombia N°… del Hospital…figuran los valores que a continuación se detallan por concepto de rendimientos financieros depositados por la firma PROBOLSA S.A. correspondientes al TES constituido en junio de 2008 por valor de $651.712.000»

[66] A partir del récord 22:49.
[67] A partir del récord 34:47.
[68] A partir del récord 34:48.
[69] A partir del récord 15:57.
[70] A folio 71, "Cuaderno de evidencias N° 1".

FECHA CONSIGNACIÓN	DETALLE	VALOR
Julio 01 de 2008	Rendimientos sobre $250.000.000	2.372.198
Julio 01 de 2008	Rendimientos sobre $401.712.000	3.811.762
Julio 30 de 2008	Rendimientos sobre $401.712.000	3.811.762
Julio 30 de 2008	Rendimientos sobre $250.000.000	2.372.198
Agosto 28 de 2008	Rendimientos sobre $250.000.000	2.372.198
Septiembre 03 de 2008	Rendimientos sobre $401.712.000	3.811.762
Septiembre 25 de 2008	Rendimientos sobre $250.000.000	2.372.918
Octubre 14 de 2008	Rendimientos sobre $401.712.000	3.811.762
Octubre 31 de 2008	Rendimientos sobre $250.000.000	2.372.198
Octubre 31 de 2008	Rendimientos sobre $401.712.000	3.811.762
Noviembre 27 de 2008	Rendimientos sobre $250.000.000	2.372.198
Diciembre 03 de 2008	Rendimientos sobre $401.712.000	3.811.762
TOTAL		37.104.480

Sala Casación Penal© 2024

Este documento es importante porque revela que, del dinero apropiado **-$316.904.084-**, los procesados le entregaron al hospital, por concepto de intereses, la suma de **$37.104.480**, monto que debe ser restado a la primera cifra, por lo que, el valor que finalmente afectó el patrimonio del establecimiento oficial corresponde a la suma de **$279.799.604.**

Finalmente, no puede pasar inadvertido que MELVA LILIA se hallaba tan profundamente engañada, que comprometió los supuestos rendimientos que le generaría la inversión, en un programa social del departamento.

Así, en el acta N° 007 del 26 de septiembre de 2008[71], de la reunión del Consejo Directivo Hospital Francisco de Paula Santander, en la que participaron, entre otros, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL y *Darío Fernando Daza Dorado,* se dejó consignado lo siguiente:

> «**Proposiciones y varios,**
> **CAUCA SIN HAMBRE,** (Intervención de Presidente del Consejo Directivo – Darío Fernando Daza (Delegado del Gobernador del departamento del Cauca) es un proyecto del Plan de acción Departamental, y es benéfico para el Hospital que participe en este programa, fuera de la vinculación como Institución Pública con la aplicación de las normas de prestación de servicios, como atención preferencial a menores de un año, pacientes embarazadas, atención a la mujer y los ancianos, y otros programas donde el hospital participa activamente; a petición del señor gobernador se solicita que por rendimientos financieros, que se han mejorado en los últimos meses, aclarando, que se trata de la reserva que el Hospital tiene para casos de gasto con extrema necesidad, **interviene la Gerente informando y explicando que el rendimiento de los TES, que se encuentran en el Banco de la república a través de SERFINCO, y que son de propiedad del hospital, son del orden de 11.7% y que el equivalente a 6 millones, y $1.900.000 pesos es el 2.5%, aproximadamente, y no es una cifra onerosa, que le permite al Hospital vincularse a estos programas y propone que si le autorizan cederlos, al convenio, en mención se hará a través de la coordinación de los programas del municipio con ese destino**».

@Sala Casación Penal@ 2024

Así, dentro del presente asunto aparece acreditado más allá de toda duda razonable, que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se apropiaron de la suma de **$279.799.604,** con lo cual obtuvieron un provecho económico ilícito en detrimento del patrimonio del hospital.

[71] A folios 95 a 99, "Cuaderno de evidencias N° 1".

En conclusión, en este asunto se encuentra probados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

(i) HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO desplegaron múltiples y variadas estrategias con las que transfiguraron la verdad, con la única intención de hacerle creer equivocadamente a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, que a través de la empresa Probolsa s.a., podía invertir los excedentes de liquidez del hospital que gerenciaba, en la adquisición de productos del mercado público de valores.

Sala Casación Penal@ 2024

(ii) MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL estaba convencida de que la propuesta de inversión presentada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, era seria, segura, confiable, rentable y beneficiosa para el hospital, como consecuencia del engaño del que fue víctima por los artificios desplegados con específica finalidad, a lo que se unió el hecho de que el secretario privado del gobernador, quien también fungía como presidente del Consejo Directivo del Hospital, y la tesorera de la gobernación del Cauca, le recomendaron e insistieron en que realizara la inversión, porque esa entidad territorial ya la había hecho con las mismas personas y empresas, con altos rendimientos financieros.

(iii) Como consecuencia del error en el que fue inducida, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL les entregó a JOSÉ FERNANDO

NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, un cheque por valor de $250.000.000, y un CDT por la suma de $400.000.000, el cual fue vendido días más tarde por JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en el mercado público de valores de manera abiertamente ilegal, por un precio de $401.712.000, dinero que fue consignado en una cuenta bancaria de Probolsa s.a., para un total de **$651.712.000**.

(iv) De ese dinero, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, afectaron el patrimonio del hospital, ingresándola a su pecunio, en la suma de **$279.799.604**.

@Sala Casación Penal@ 2024

Frente a este escenario fáctico y probatorio, no cabe duda de que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del inciso final del artículo 30 del Código Penal, al concluir que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, debían responder penalmente por el delito de *peculado por apropiación agravado,* en calidad de *intervinientes.*

Como se vio en el capítulo anterior, para que el *interviniente* pueda responder como coautor de un delito de infracción de deber, que, como se sabe, exige un sujeto activo calificado o especial en quien recae un deber específico cuya infracción fundamenta la autoría, es imprescindible que se demuestren los elementos propios de la coautoría, esto es, que se encuentre acreditada más allá de toda duda

razonable, la existencia de un acuerdo o plan común entre el *intraneus* y el *extraneus,* en el que cada uno desempeñe una tarea específica trascendente para la consecución del fin propuesto, que exige que todos actúen con conocimiento y voluntad orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo.

Dicho esto, no hay ninguna duda de que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, no eran servidores públicos ni tenían la disposición -jurídica y/o material- de los bienes del hospital Francisco de Paula Santander, por lo que, en principio, no podrían ser tenidos como coautores del delito de *peculado por apropiación agravado,* por no reunir las calidades exigidas en el tipo penal para el autor.

Sala Casación Penal@ 2024

Lo anterior, a menos que se acreditara que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ *-extranei-* co-ejecutaron el delito con el sujeto activo especial o calificado que, para este caso concreto, era MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, en tanto, en su condición de gerente (E) de la Empresa Social del Estado Hospital Francisco de Paula Santander, era servidora pública y tenía la disponibilidad jurídica de los bienes de la entidad que gerenciaba *-intraneus-;* único evento en el que los tres primeros podrían ser llamados a responder por el delito de *peculado por apropiación agravado,* en calidad de

intervinientes, y VARGAS SANDOVAL como autora de ese mismo reato.

Sin embargo, en este caso se demostró que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL no realizó el delito en conjunción de voluntades con JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, a tal punto que la primera fue absuelta en ambas instancias por el reato de *peculado por apropiación agravado*, luego de considerar que el acto de disposición de los dineros del hospital no fue doloso ni mucho menos producto de un acuerdo criminal con los *extranei,* sino como consecuencia de un ardid ideado por estos.

Sala Casación Penal@ 2024

Es decir, en este caso el Tribunal descartó, de manera acertada, que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL *-intraneus-* y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ *-extranei-,* se hubiesen puesto de acuerdo para apropiarse de los bienes del hospital Francisco de Paula Santander; por lo que, ante la ausencia de este requisito inherente de la coautoría, que para el caso implica la inexistencia de un autor especial doloso *-intraneus-,* no resulta jurídicamente viable tener a los *extranei* como *intervinientes.*

El Tribunal, para superar esta imposibilidad dogmática, después de transliterar apartes de las decisiones CSJ SP3874-2019, Rad. 52816 y SP, 22 agost. 2008, Rad. 26483,

refirió que nada impedía condenar a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, como *intervinientes* del delito de *peculado por apropiación agravado*, para lo cual adujo que «Aquí es innegable que, *(i)* estuvo involucrada una servidora pública, *(ii)* con capacidad para disponer de los recursos oficiales, *(iii)* que entregó dineros del Estado a particulares y *(iv)* que estos recursos fueron apropiados por éstos, de ahí, que resulte válido efectuar el debido reproche punitivo contra IRAGORRI LÓPEZ y los funcionarios de Probolsa a título de *intervinientes*, esto, sin que sea necesario el juzgamiento o si quiera la identificación, del sujeto activo calificado»; conclusión a la que arribó después de hacer una lectura tergiversada de la jurisprudencia de la Corte.

Sala Casación Penal@ 2024

En efecto, en la decisión CSJ SP, 22 agost. 2008, Rad. 26483, respecto del autor y el partícipe, concretamente, el determinador, la Corte señaló lo siguiente:

> «Este cargo se sustenta en varias afirmaciones: Una, que el Tribunal se equivoca al asegurar que puede existir *determinación* sin conocimiento del autor material…
>
> **Para dar respuesta al primer punto, es necesario empezar por diferenciar dos situaciones, que el casacionista no distingue. Una que no exista autor material, y dos, que exista pero que no haya logrado probatoriamente ser individualizado o se desconozca su identidad. En el primer caso (cuando inexiste) no es posible jurídicamente hablar de *participación*, por ser ésta una categoría accesoria de la autoría, que presupone para su configuración la existencia de un autor material, que realiza o inicia la ejecución de una conducta antijurídica.**
>
> En la segunda hipótesis, en cambio, nada impide afirmar su existencia, porque el carácter accesorio de la participación no depende de la existencia de prueba que permita identificar plenamente al autor o declarar su responsabilidad en los hechos, como equivocadamente lo entiende el casacionista, sino de la

certeza de su existencia misma (de un autor), que ha realizado parcial o totalmente la conducta descrita en el tipo penal. Este es y sigue siendo el criterio de la Corte…».

Y, en la providencia CSJ SP3874-2019, Rad. 52816, también citada por el Tribunal, la Corte translitero el siguiente aparte de la decisión CSJ AP5257-2018, Rad. 53956:

«En tal sentido, la Sala ha precisado que *«la condena a título de interviniente puede presentarse* ***independientemente de que en el proceso se haya establecido con quién se efectuó la alianza****, toda vez que* ***la responsabilidad en los hechos y su correlativa sanción no depende de que se identifique la de los demás involucrados en el mismo****, como autores o partícipes, mucho menos cuando se encuentra debidamente acreditado que existió una aportación a la ejecución del punible…De manera que nada obsta para que el interviniente deba responder por la conducta,* ***aun cuando no logre identificarse o juzgarse a la persona que actuó como sujeto calificado, pues lo realmente definitivo es que se encuentren reunidos los elementos que posibilitan predicar dicha condición en aquél».*** (AP5257-2018).

En otras palabras, para condenar como coautor interviniente no resulta indispensable demostrar los pormenores del acuerdo, esto es, dónde, cuándo y cómo se concretó el pacto entre los *intranei* y los *extraneus,* **sino que basta con evidenciar la comisión de la conducta punible por el sujeto activo calificado y el aporte fundamental del particular en su realización**, pues, normalmente, quienes acuerdan infringir la ley no dejan prueba de ese hecho, como ocurrió en este evento».

@Sala Casación Penal© 2024

Como se ve, entonces, una cosa es que no se logre identificar o juzgar al autor especial o sujeto activo calificado **que ha cometido el delito junto con el particular**, y otra muy distinta es que en la comisión del delito no haya concurrido dolosamente el autor especial o sujeto activo calificado, pues, en este último evento, que es precisamente

el que se presenta en este caso respecto de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, no puede haber lugar a la figura del *interviniente,* en tanto, como ya quedó suficientemente ilustrado, ésta exige necesariamente la concurrencia dolosa de ambos.

Por lo expuesto, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, no pueden ser tenidos como *intervinientes* responsables del delito de *peculado por apropiación agravado.*

En realidad, la conducta cometida por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se adecúa perfectamente al delito de *estafa agravada* descrito en los artículos 246 y 267 numeral 1° y 2° del Código Penal, en tanto, se encuentran verificados todos los elementos estructurales de este reato, a saber, *a)* despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima o a mantenerla en el equívoco; *b)* error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; *c)* obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; *d)* perjuicio correlativo de otro; *e)* sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno; *(f)* sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y; *(g)* sobre bienes del Estado.

@Sala Casación Penal@ 2024

Y, la desplegada por MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, al reato de *peculado culposo* previsto en el artículo 400 *ídem,* tal y como lo consideraron los jueces de instancia.

El problema jurídico que se debe resolver a continuación consiste en determinar si resulta jurídicamente viable variar la calificación jurídica de las sentencias de instancia y condenar a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, por el delito de *estafa agravada*. O si, por el contrario, deben ser absueltos del delito de *peculado por apropiación agravado,* por atipicidad de esta conducta.

Sala Casación Penal@ 2024

5. Solución del caso concreto

5.1. Variación de la calificación jurídica

La Sala de manera reiterada ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que, solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita, así, sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913; CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP6354-2015, rad. 44287; CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273,).

Ahora bien, la jurisprudencia ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de *acción* o de *omisión*, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: *(i)* hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; *(ii)* un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, *(iii)* el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y *(iv)* el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación (Ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338).

Sala Casación Penal@ 2024

Sin embargo, la Corte, también de manera pacífica y reiterada, ha señalado que dicho principio no es absoluto y que, por tanto, resulta jurídicamente posible variar la calificación jurídica en la sentencia, a fin de adecuar los hechos imputados al delito que realmente se configura, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que *(i)* se trate de un delito de menor entidad, *(ii)* que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, *(iii)* no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (SP, 27 jul. 2007, Rad. 26468; CSJ SP17352-2016, Rad. 45589).

Con base en lo anterior, a continuación, se examinará cada uno de estos supuestos, de cara al caso concreto, a fin de determinar si es jurídicamente posible variar la calificación jurídica de *peculado por apropiación agravado* a *estafa agravada.*

***(i)* Se trate de un delito de menor entidad**

De conformidad con lo establecido en el artículo 397 del Código Penal, el delito de *peculado por apropiación agravado* por la cuantía tiene una pena que oscila entre **96 y 405 meses de prisión**. Por su parte, el delito de *estafa agravada* por la cuantía prevé una pena de **42 meses y 20 días, a 216 meses de prisión**, conforme los artículos 246 y 267 del Código Penal.

Sala Casación Penal@ 2024

Luego, no cabe la menor duda de que el delito de *estafa agravada* es de menor entidad punitiva que el de *peculado por apropiación agravado*.

***(ii)* identidad del núcleo básico de la imputación fáctica**

Los días 19 de septiembre, 12 de diciembre de 2012 y 13 de junio de 2013, se realizaron ante los Juzgados Primero y Segundo Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías de Santander de Quilichao, las audiencias preliminares de formulación de imputación contra JUANITA

IRAGORRI LÓPEZ, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, respectivamente.

Una vez examinadas las tres audiencias preliminares, la Sala advierte las siguientes similitudes: *(i)* a los procesados se les atribuyó la comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en concurso heterogéneo con el reato de *peculado por apropiación agravado* -por la cuantía-, a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, en calidad de autora, y a los otros como intervinientes; *(ii)* los procesados no aceptaron los cargos enrostrados; *(iii)* pese a que las audiencias se llevaron a cabo en fechas distintas, el delegado de la fiscalía narró los hechos jurídicamente relevantes de manera similar en las tres diligencias; y, *(iv)* el delegado de la Fiscalía entremezcló los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación, lo que indiscutiblemente conspiró contra la claridad y brevedad que debe caracterizar este acto procesal; sin embargo, a los implicados se les brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica de los mismos, por lo que se cumplió el objetivo de las audiencias.

Sala Casación Penal@ 2024

Por lo tanto, a fin de evitar repeticiones y menciones innecesarias, a continuación, se transliterarán los hechos relatados en la audiencia a través de la cual se imputaron cargos a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL y a JOSÉ FERNANDO

NARANJO ZAMBRANO, sin mencionar los que se relacionan con el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en tanto, se presentó el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Con esta claridad, estos fueron los hechos relatados en la audiencia que se llevó a cabo el 12 de diciembre de 2012:

> «El particular, o sea, el señor HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ gerenciaba la empresa Probolsa, sociedad anónima, con sede en Cali, y este señor fue en septiembre del año 2011 objeto de imputación…por unos hechos con unas similitudes en su modalidad con los que estamos adelantando en este caso…el caso que nos concita en esta audiencia del Hospital de Santander de Quilichao.
>
> Sucedieron en esa institución, en la ESE de esta localidad, en las oficinas que manejan el presupuesto, gerencia y tesorería en el año 2008, cuando se desempeñaba como gerente encargada de la misma la doctora aquí presente MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, quien estuvo en ese encargo entre el 10 de abril del año 2008 y el 27 de octubre del mismo año 2008…
>
> Sucediendo que la firma que acabamos de mencionar, gerenciada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, Probolsa s.a., envía unas cartas… de propuestas de inversión de recursos, recursos del Hospital para ser invertidos en la firma Probolsa s.a., esa carta está firmada por el tantas veces mencionado HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y el señor JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, a su vez gerente y asesor de Probolsa.
>
> Esa carta tiene fecha del 20 de mayo de 2008 y fue enviada a la gerente MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, presentando propuesta de inversión, dice allí, de nota estructurada, con un activo subyacente TES, es decir con un garantía de la inversión que se está proponiendo que se haga por esa vía, con las siguientes características: se le propone que el Hospital de Santander de Quilichao invierta en Probolsa s.a. $650.000.000 a un plazo de 360 días, a una tasa que pagará Probolsa de interés efectivo anual del 12%, y con una modalidad de liquidación de rendimientos de mes vencido, con la garantía ya mencionada de TES PRINCIPALES, con un plazo del subyacente, es un plazo de la

Sala Casación Penal@ 2024

> garantía de los TES de septiembre del año 2014, con un valor nominal de la garantía de $650.000.000, y unos rendimientos mensuales a pagar por Probolsa s.a. a la ESE Hospital de $6.167.715…
>
> La carta enviada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO como asesor financiero de Probolsa a la doctora MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL del 22 de mayo de 2008, haciendo mención de la inversión en títulos TES manifiesta que Probolsa sería el gestor de las compras de los TES a través de la firma comisionista de bolsa Serfinco, de quien se dice allí es "nuestra firma comisionista aliada" …»[72]

En este punto, el fiscal, después de leer el contenido de unos documentos suscritos por MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, dirigidos a unas entidades bancarias y a la tesorera del hospital, a través de los cuales ordenó la entrega de un cheque por valor de $250.000.000 y de un CDT por la suma de $400.000.000, a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, dijo lo siguiente:

Sala Casación Penal@ 2024

> «De conformidad con los documentos aportados por la gerencia del Hospital Francisco de Paula Santander, así como también los entregados por la oficina de contabilidad y tesorería de esa entidad, los recursos entregados a Probolsa son los siguientes:
>
> Primero, $250.000.000 el día 28 de mayo del 2008, a través del cheque de gerencia 068688 del Banco de Occidente, recursos que se encontraban constituidos en un CDT a nombre del hospital Francisco de Paula Santander, en el Banco mencionado de Occidente. El cheque de gerencia fue consignado en la cuenta corriente de Probolsa …el mismo 28 de mayo, este valor aparece reflejado en el extracto bancario del mes de mayo del año 2008 de dicha cuenta…los cuales fueron gastados como si fueran recursos propios de Probolsa... demostrando la disposición absoluta de los recursos públicos por parte de esa entidad.
>
> La entrega de los $250.000.000 se efectuó atendiendo propuesta de inversión de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, asesor financiero de

[72] A partir del récord 15:14.

Probolsa, dirigido a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, gerente encargada del Hospital el 22 de mayo del 2008 haciendo mención de la inversión en títulos TES…

La segunda entrega, $400.000.000, respecto de esta el día 28 de mayo del 2008 la doctora MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL autoriza la entrega del CDT 489609 por valor de los $400.000.000 que posee el Hospital… a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO de Probolsa… Posteriormente, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, gerente de Probolsa, envía carta a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL de fecha 28 de mayo del 2008, confirmando la recepción de ese CDT por valor de $400.000.000…

Una vez que Probolsa recibió el CDT, lo vende a través de Serfinco comisionista de bolsa, según se observa en el extracto de la cuenta de cartera del hospital Francisco de Paula Santander, aperturada en Serfinco comisionista de bolsa… En el extracto en mención se observa que el CDT fue vendido por Serfinco comisionista en $401.712.000, dineros que esta sociedad traslada a la cuenta corriente de Probolsa… el día 3 de junio de 2008. Descontándose el respectivo impuesto del cuatro por mil, ingresando a esta cuenta exactamente $400.111.353 pesos… tal y como se aprecia en el extracto bancario de la cuenta de dicha sociedad…

(…)

Los dineros que el hospital Francisco de Paula Santander…entregó a Probolsa se entregaron atendiendo propuesta de inversión de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, en operación de notas estructuradas con activo subyacente TES… posteriormente en carta enviada por JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, asesor financiero de Probolsa, MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL el 22 de mayo del 2008, se hace mención a la inversión en títulos TES manifestando que Probolsa sería el gestor de dicha compra a través de su firma comisionista aliada Serfinco s.a.» .[73]

@Sala Casación Penal@ 2024

Dicho lo anterior, el Fiscal procedió a suministrar las razones por las que las propuestas de inversión presentadas por HÉCTOR JAIRO y JOSÉ FERNANDO a MELVA LILIA, son engañosas. Esto dijo:

[73] A partir del récord 24:48.

«**Estos productos financieros denominados *notas estructuradas*, en criterio de la Superfinanciera no tienen la más mínima prerrogativa de valor**, según lo concluyó el experto de esa entidad Superfinanciera Manuel Gonzalo Álvarez Ríos, quien será perito dentro de este caso. **La nota estructurada tiene, entre otras condiciones de validez, dice el experto, que sean expedidas por un banco, y es obvio que Probolsa no era un banco**. La mencionada funcionaria pública sin tener en cuenta la naturaleza de dicha sociedad les entregó la suma total de $651.712.000, que se pueden discriminar así: el valor entregado fue el mencionado, se compraron unos TES por $334.807.916, se pagaron unos intereses por parte de Probolsa a favor del hospital…por $37.103.760, entonces tenemos un total apropiado por Probolsa de $284.800.324.

Como se puede observar en este caso, hago un paréntesis, **la compra de los TES solamente requirió por parte de Probolsa de una suma de $334.807.916, sin embargo, las notas de confirmación de las operaciones que envía Probolsa al Hospital se habla de valores nominales con un valor idéntico al que le fue entregado por parte del Hospital**, pero hay que hacer claridad que una cosa es el precio de mercado, el precio nominal, y otra cosa es el precio real que se paga por esta clase de títulos, siempre es inferior al valor que esta representando cada uno de los títulos, **en otras palabras se compraron $650.000.000 de TES nominales pero solamente se pagaron en dinero por esos TES $334.807.916, el otro dinero, como ya se viene pregonando, parece que fue objeto de apropiación en la medida en que se gastó sin hacer ningún tipo de inversión para los fines que se postulaba o se anunciaba en las mencionadas notas estructuradas**.
(…)

La Superintendencia Financiera informa que Probolsa s.a. nunca contó legalmente con la posibilidad de realizar ningún tipo de operación que implicara la administración de recursos de terceros, tampoco obtuvo autorización para realizar operaciones de intermediación de valores, toda vez nunca estuvo inscrita en el registro nacional de agentes de mercado de valores, ni se hizo miembro de ningún órgano de autorregulación.

Las operaciones ofrecidas por Probolsa s.a., gerenciada por HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, sus condiciones financieras, plazo, naturaleza legal, la ausencia de características de valor y la clase de títulos TES ofrecidos, les permitía a la funcionaria pública gerente de la ESE Hospital de Santander de Quilichao darse cuenta de que esa entidad no era una sociedad

@Sala Casación Penal 2024

comisionista de bolsa, que no era objeto de inspección ni vigilancia, por lo tanto, no podía ofrecer ningún tipo de instrumento financiero ni mucho menos notas estructuradas, pero aún, no podía administrar recursos de terceros ni públicos ni privados.

Si la intención de la señora gerente de la ESE era invertir sus excedentes de liquidez en TES, ha debido hacerlo en los términos expuestos por la regulación vigente, acudiendo directamente a la Dirección General de Crédito Público y el Tesoro Nacional, o al mercado secundario de valores a través de un intermediario legalmente constituido, c suscribiendo TES completos y no principales sin intereses, como ocurrió en este caso …

Igualmente, decirse qué garantía puede ser si estos TES costaron mucho menos del dinero entregado, como ya se dijo, solo costaron en dinero $334.807.916, en tanto que se les entregó a Probolsa s.a. $651.000.000, pudiéndose así observar la diferencia notoria que ya se adelantó entre los precios nominales y de mercado, el previo nominal que en palabras sencillas es el valor que aparece en el título, y precio de mercado lo que realmente costó su compra, lo que se pagó por ese TES, siendo como se observa menor el precio de mercado que el precio nominal.

Es decir, se engaña haciéndose creer que cada TES equivale a un peso colombiano, cuando no es así, porque para comprar $650.000.000 de TES, se insiste, solo se usaron $334.807.916.

Es extraña la posición que asume y cuestionable al punto que fue objeto de imputación la funcionaria de Serfinco JUANITA IRAGORRI quien no informó esa situación al Hospital…que era una mala decisión adquirir la inversión de esa forma porque se perdía dinero en la medida en que esos TES ofrecían rendimientos solo en abril del año 2012 (sic), la fecha de su redención, como era su deber, toda vez que las normas que reglamentan la actividad de profesional del mercado de valores como que ella lo era en ese momento así lo imponían, tanto que la señora JUANITA IRAGORRI, como se pregonó en anterior audiencia, y usted lo recordará tal vez, fue sancionada por la Superintendencia Financiera de Colombia…tanto que la señora JUANITA IRAGORRI interpuso recurso de reposición y apelación contra esa decisión de la Superintendencia Financiera quien confirmó por cierto interregno de tiempo la suspensión del ejercicio de corredora de bolsa…».[74]

Sala Casación Penal @ 2024

[74] A partir del récord 31:45.

Luego de referir el contenido de los artículos 17, de Ley 819 del 2003, 1, del Decreto 1013 de 1995, 55, del Decreto 1525 2008, 209, de la Constitución Política, 23, 32 y 39, de la Ley 80 de 1993, 1502, del Código Civil, como normas infringidas, de las cuales surge la imputación del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales,* se le reprochó a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, lo siguiente:

> «En cuanto a las funciones de la gerente está el de contratar, es ordenador del gasto, según el manual de funciones y competencias laborales para el gerente de la ESE Hospital de Santander de Quilichao…previa consulta a la Junta Directiva, lo cual aparece dentro de la investigación que adelantó la Fiscalía que no se hizo, solo se planteó el tema en una de tantas reuniones que se hacen ante el delegado del señor gobern,ador del departamento del Cauca, pero la autorización estaba supeditada a una correcta asesoría, **la cual se limitó a llamar a la tesorera de Popayán y preguntarle por Probolsa, y al darle la señora tesorera de dicho departamento la noticia de que habían también contratado con ellos, procedió a hacer lo mismo sin personalmente obtener documentos sobre el origen de Probolsa s.a., su situación contable, si estaba inscrita al menos en la Superfinanciera, cosa que no era así, saber qué estaba haciendo con ese dinero Probolsa s.a., me refiero a los dineros que la señora secretaria de Popayán dijo que habían invertido en esa entidad, de manera que no es cierto que realmente consultó…**
>
> El Hospital de Santander de Quilichao podía realizar las inversiones temporales, pero como se indica en el manual, debía ser con un previo estudio de la transacción financiera, lo cual debe traducirse en criterios de responsabilidad, solidez, seguridad, así como atendiendo las condiciones de mercado y rentabilidad, en otra palabras, puede deducirse de ello que la gerente tenía directa injerencia en los procesos contractuales que involucrasen recursos de la entidad, como en efecto sucedió en este caso, concretándose así el compromiso de responsabilidad de la funcionaria MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, y que en su ayuda acudieron particulares tales como HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO. Podemos concluir que son

Sala Casación Penal@ 2024

intervinientes…las personas que no ostentan las calidades de servidores públicos»[75]
(…)

La información según la cual profesionales de bolsa no tenían ninguna posibilidad de hacer ese tipo de operaciones, a no ser que lo estuvieran haciendo por razones o por motivos diferentes a los legales, se podía establecer fácilmente entre otras cosas en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia, en esa página se consulta el portal de entidades adscritas o vigiladas por esa entidad con solo escribir el nombre de profesionales de bolsa s.a. se podía saber exactamente no solamente si estaba vigilada o no por la Superintendencia Financiera de Colombia sino qué posibilidades tenía esa entidad de intervenir en inversiones como la que finalmente logró concretar con el hospital de Santander de Quilichao»[76].

El fiscal descartó que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL hubiese cometido el delito con culpa, luego de señalar lo siguiente:

Sala Casación Penal© 2024

«Comportamientos a título de dolo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia quien ha razonado en torno al peculado culposo para concluir que es en realidad doloso en casos como el radicado 34986 de diciembre 14 del año 2010, en el que una señora juez de la república entrega un título judicial a un abogado litigante por un mayor valor a lo debido a espera de que este abogado le reintegre el excedente, lo cual finalmente no acaeció produciéndose un daño, sentenciando la Corte Suprema de Justicia que se le debía investigar no por culpa en el peculado sino por peculado doloso, con argumentos tales como que "es que es evidente que tratándose de un delito de apropiación, no puede alegarse falta de intención, porque el que maneja dineros públicos sabe que lo son y cuando se apropia de ellos o dejan que otros lo hagan se puede predicar que fue de una manera perfectamente intencional»[77]

[75] A partir del récord 43:31.
[76] A partir del récord 55:20.
[77] A partir del récord 47:18.

Luego, sobre la participación de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, esto dijo el Fiscal:

> «**Fueron directos e inmediatamente colaboradores de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ los aquí imputados, en especial el señor NARANJO ZAMBRANO por ser uno de sus comerciales quien lo acompañaba en todas estas acciones recibiendo en contraprestación comisiones. Cosa que también sucedió con la señorita JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, quien resulta como vital en este proceso, como que en el caso de Serfinco, otra entidad seguramente no se hubiera prestado para todos estos irregulares procederes.**
>
> **Se ve en la lista de chat que se toma para los comerciales de entidades como Serfinco…y la grabación de las llamadas telefónicas la relación de amistad que existe entre JUANITA IRAGORRI y los comerciales de Probolsa s.a. y el mismo señor HÉCTOR JAIRO BONILLA, como organizan todas estas operaciones**, y en ultimas a finales del 2008, cuando estaba por descubrirse el asunto, esta señora, la funcionaria de Serfinco quien muy preocupada redacta unas cartas para que se exima de responsabilidad a esa entidad financiera Serfinco de todas estas operaciones y la asuma Probolsa, en ese momento es cuando se muestra el compromiso de responsabilidad de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO por demás hostil le responde a JUANITA que él no va a tramitar esas cartas porque le parecen absurdas y se evidencia una división de quienes hasta ese momento estuvieron unidos en el caso por la pretensión del dinero fácil a costa del pueblo, en este caso, de Santander de Quilichao; situación que no aparece solucionada ya que es la misma JUANITA quien le cuenta este incidente a BONILLA LÓPEZ, manifestándole su extrañeza sobre ese proceder de NARANJO, a quien denomina "Sensei" diciéndole que ella les ha colaborado tanto que también le deben colaborar a ella…
>
> **En el caso del señor NARANJO no se puede decir otra cosa que estaba enterado que Probolsa s.a. no podía realizar actividades de intermediación de valores, nunca se afilió a un organismo de autorregulación sin el cual no podía siquiera acerca a dos partes para efectos de hacer una negociación como esta, menos recibir dinero.**
>
> El señor BONILLA adelantó y en esto hay que ser claro, la cámara de comercio que presentaba Probolsa s.a. aparecía como corredores de bolsa, pero no basta con inscribirse en la cámara de

©Sala Casación Penal@ 2024

comercio…en Colombia hay una regulación legal para efectos de la autorización que realmente se requiere para ejercer esa actividad y era la Superintendencia Financiera la que tenía que otorgarla, nunca la obtuvo ni siquiera como intermediador.

La Superintendencia Financiera le dijo al señor gerente de Probolsa s.a. BONILLA bajo la condición de que se afilie a un organismo autorregulador del mercado como precisamente Serfinco…se le otorgará esa posibilidad de ser intermediador de valores, no lo hizo, es más, pasó una carta diciendo que renunciaba a ese trámite, de tal manera que ni siquiera podía acercar a dos personas en este caso, Hospital de Santander de Quilichao y Serfinco, para que hicieran la negociación y ante la cual digamos por ejemplo, el hospital compraba TES a Serfinco de septiembre del año 2014, más allá, recibió dinero y lo gastó según la contabilidad en cosas personales.

De tal manera que puede pregonarse que dispusieron todos ellos de los dineros que le fueron entregados por la entidad territorial, sabiendo que los dineros que destinaron para la adquisición de las garantías que se habían obligado a colocar eran aproximadamente un cincuenta por ciento y que la diferencia era utilizada para efectuar auto préstamos, atender obligaciones… es decir que determinaban qué hacer con los recursos que le suministraba la entidad territorial ajena a ese tipo de operaciones… Igualmente eran conscientes que la actividad que adelantaba Probolsa no correspondía al corretaje de valores, pues no pusieron en contacto al Hospital y Serfinco para que entre esas dos entidades ejecutaran operaciones, como ya lo acabo de explicar.

Sala Casación Penal @ 2024

Probolsa s.a, es una empresa que se constituyó mediante escritura pública 3561 del 13 de agosto del 2005…y según su objeto social ésta podía actuar como intermediadora de valores, es decir, acercar a las partes demandantes y oferentes de títulos valores, pero no podía intervenir bajo ninguna condición en el resultado del negocio que se llegare a celebrar, lo que si podía era invertir sus propios recursos bajo su riego en la compra y venta de títulos valores con lo cual administraba su propio portafolio de inversiones, y fue lo que hizo con los dineros que le entregó el Hospital… **concluyéndose que la firma aludida Probolsa no podía recibir dineros ni menos púbicos ya que para poder realizar dicha actividad debía ser una sociedad comisionista de bolsa y estar vigilada por la Superfinanciera de Colombia….»**[78]

[78] A partir del récord 48:09.

Y, finalmente, después de mencionar la Resolución 400 de 1995, de la Superintendencia de Valores, el Decreto 1121 del 2008, y los artículos 1340 y siguientes del Código de Comercio, manifestó lo siguiente:

> «**Además de lo anterior…quienes están llamados a responder en este caso sabían de la situación económica por la cual atravesaba Probolsa s.a., ya que según se evidencia de los estados financieros, dicha sociedad…presentaba pérdidas**…la sociedad se encontraba en causal de disolución antes de que se propusieran los negocios, entre otras, con el hospital de Santander de Quilichao… **por lo que no podía hacer ningún tipo de negocio como lo hizo como en este caso.**
>
> **Se concluye conforme a los hechos que el desembolso del hospital no corresponden a una inversión en títulos TES ya que cuando se hace una inversión de este tipo de TES que vencen en septiembre del 2014, siendo suyos los títulos, es decir del hospital, tan solo le quedaría esperar a la fecha de vencimiento, sino que lo que se evidencia es un préstamo o mutuo con intereses el que se realizó, y la garantía son los TES que Probolsa s.a. les colocó como respaldo a los recursos recibidos de la entidad territorial**.
>
> Igualmente se indicaba en las cartas de confirmación que por parte de HÉCTOR JAIRO BONILLA, aparecen operaciones de *notas estructuradas* que son productos que están definidos en el Decreto 1796 del 2008…, siendo este otro tipo de inversión al cual los funcionarios públicos por ley no les está permitido realizar, ya que en tratándose de esta clase de inversiones solamente podían hacerlo en títulos TES clase "B" o Certificados de Depósito CDT, expedidos por entidades de alta calificación crediticia, es decir muy confiables.
>
> Conforme a los resultados obtenidos por la Superfinanciera que rindió un estudio en esta investigación se tiene que para colocar los títulos en garantía por $650.000.000 nominales, Probolsa, se destinó $334.807.916, esto es un 54% de su valor nominal, dicho en otras palabras, para colocar las garantías a que se había comprometió Probolsa solo destinaban ese porcentaje de los recursos obtenidos y el saldo lo utilizó para atender sus propias obligaciones como ya se he pregonado…entre ellos el pago de las comisiones, verbigracia JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO quien figuraba como el encargado del negocio de Santander de Quilichao como cliente de Probolsa s.a.…indicando el mencionado funcionario

©Sala Casación Penal© 2024

de la Superfinanciera que no solo no se habían colocado la totalidad de las garantías al hospital que Probolsa s.a. se había obligado a entregar por los recursos adeudados al hospital, pues los títulos son inferiores por el monto nominal al valor real, como ya se viene explicando.

Debemos concluir sin lugar a equívocos que el dolo emerge en cuanto al señor HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ como gerente de la entidad, quien aparece probatoriamente hablando, disponiendo a su antojo de los dineros de la ESE…y pretendiendo mostrar una corpulosa gestión cuando como se vio ni tenía la facultad legal para efectuar actos jurídicos como los que realizó con la gerencia de la ESE ni tampoco invirtió todo el dinero, haciendo creer ello comprando TES por en valor nominal, pero pagando por tales títulos muchos menos dineros que lo que mostraba había costado. Como ya se dijo, es el juego entre el valor nominal y el valor o precio de mercado»[79].

La anterior lectura deja en evidencia, sin ninguna duda, que los hechos jurídicamente relevantes narrados en la audiencia de formulación de imputación, daban cuenta, desde un inicio, de que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ idearon y ejecutaron en forma pre acordada y mancomunada, un plan criminal dirigido a engañar a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, con la única finalidad de apropiarse de los dineros del hospital que ella gerenciaba, en aras de obtener un provecho económico, con detrimento del patrimonio de la entidad estatal, y que, para la consecución del fin común propuesto, cada uno de ellos realizó un aporte esencial.

@Sala Casación Penal@ 2024

Además, se extracta de allí que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL dispuso de los dineros del hospital, no para que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO

[79] A partir del récord 57:02.

ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se apropiaran ilícitamente de ellos, sino, convencida de que realizarían inversiones en el mercado público de valores, con lo cual, desde la imputación misma se descartó que MELVA LILIA hiciera parte del contubernio criminal.

Así, el compromiso de MELVA LILIA se hizo consistir en que: *(i)* no se asesoró en debida forma acerca de la inversión propuesta; *(ii)* se conformó con la respuesta suministrada por la tesorera de la gobernación del Cauca, quien le dijo que esa entidad había hecho la misma inversión con Probolsa s.a., por lo que procedió a hacer lo mismo; *(iii)* no adelantó ninguna labor dirigida a constatar qué clase de empresa era Probolsa s.a. y si se trataba o no de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia; y, *(iv)* entregó el dinero para la adquisición de una *nota estructurada*, pese a que sólo estaba autorizada para invertir los excedentes de liquidez en la adquisición de títulos TES, clase "B", en el mercado primario o secundario, a través de un intermediario autorizado, o en Certificados de Depósito CDT, expedidos por entidades de alta calificación crediticia.

Sala Casación Penal@ 2024

Pese a que los comportamientos reprochados a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, daban cuenta, de un lado, que no se cohonestó con HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, para defraudar las arcas del estado y que no les entregó los dineros del hospital con el ánimo de que ellos se los apropiaran, sino

para que los invirtieran en la forma por ellos propuestas; y, de otro, de un actuar imprudente y negligente que condujo a que éstos se apropiaran ilícitamente de los dineros del hospital, el fiscal descartó que VARGAS SANDOVAL hubiese actuado con culpa, luego de señalar lo siguiente:

> «Comportamientos a título de dolo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia quien ha razonado en torno al peculado culposo para concluir que es en realidad doloso en casos como el radicado 34986 de diciembre 14 del año 2010, **en el que una señora juez de la república entrega un título judicial a un abogado litigante por un mayor valor a lo debido a espera de que este abogado le reintegre el excedente, lo cual finalmente no acaeció produciéndose un daño,** sentenciando la Corte Suprema de Justicia que se le debía investigar no por culpa en el peculado sino por peculado doloso, con argumentos tales como que **"es que es evidente que tratándose de un delito de apropiación, no puede alegarse falta de intención, porque el que maneja dineros públicos sabe que lo son y cuando se apropia de ellos o dejan que otros lo hagan se puede predicar que fue de una manera perfectamente intencional**»[80]

Sala Casación Penal © 2024

Lo que no tuvo en cuenta el fiscal, es que en las decisiones SP, 7 jul. 1994, Rad. 8648 y CSJ SP, 14 dic. 2010, Rad. 34986, la Corte constató que los implicados actuaron con dolo, en tanto, en el primer caso, el procesado se apropió para sí de los dineros públicos que de manera directa administraba, consignándolos en una cuenta personal, de ahí que la Corte haya señalado lo siguiente: «Es evidente, que tratándose de un delito de apropiación como el que se da en el caso subjudice no puede alegarse falta de intención, porque el que maneja dineros públicos sabe que lo son y cuando se apropia de ellos, como lo hizo el procesado, se puede predicar que fue de una manera perfectamente intencional».

[80] A partir del récord 47:18.

Y, en el segundo evento, porque se encontró que la juez propició dolosamente que el abogado se apropiara de los dineros del estado, no porque confió en que el abogado devolvería el excedente entregado, como lo dijo el fiscal en su intervención, sino porque le entregó un título valor por un monto muy superior al que, ella sabía, legalmente correspondía.

Entonces, si el delegado de la Fiscalía descartó desde el momento en que planteó su hipótesis fáctica, que MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL hubiese actuado con **conocimiento y la voluntad** (dolo) de propiciar que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, se apropiaran ilícitamente de los dineros del hospital, no podía pregonar la existencia de un comportamiento doloso respecto de ella.

Sala Casación Penal@ 2024

En consecuencia, los hechos jurídicamente relevantes han permanecido intangibles e inmutables desde la audiencia de formulación de imputación, hasta la sentencia.

Lo que aquí ocurrió, es que el fiscal realizó una errada adecuación jurídica, pues, los hechos atribuidos durante toda la actuación procesal se adecuaban a los delitos de *estafa agravada* y *peculado culposo,* respecto de HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO y

JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, y MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, respectivamente.

(iii) **La condena por el delito de estafa agravada no implica un desmedro para los derechos de las partes e intervinientes**

La variación de la calificación jurídica de la conducta enrostrada a **JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ,** de *peculado por apropiación agravado,* en calidad de intervinientes, a coautores del delito de *estafa agravada,* no vulnera de ninguna forma sus derechos de defensa y contradicción, en la medida en que los ejercieron cabalmente respecto de los hechos imputados, los cuales, como se vio, han permanecido invariables durante toda la actuación.

Sala Casación Penal@ 2024

Cumplidos como están todos los requisitos previstos en la jurisprudencia para variar la calificación jurídica en la sentencia, a fin de adecuar los hechos imputados al delito que realmente se configura, la Corte variará la calificación jurídica, a fin de condenar a JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en calidad de coautores penalmente responsables del delito de *estafa agravada.*

En este punto, la Corte debe analizar si respecto de este delito ha operado o no el fenómeno de la prescripción.

Pues bien, el delito de *estafa agravada* prevé una pena máxima de 216 meses (18 años) de prisión, de modo que, desde la fecha en que se consumaron los hechos -6 de junio de 2008- hasta el día en que se formuló imputación -19 de septiembre y 12 de diciembre de 2012, y 13 de junio de 2013- sólo transcurrieron un poco más de cuatro años.

Ahora, con la formulación de imputación se interrumpió el término prescriptivo, el cual comenzó a descontarse de nuevo por un tiempo igual al máximo de la pena, esto es, 108 meses (9 años). De modo que, la prescripción de la acción penal para el delito de *estafa agravada* operaría el **19 de junio de 2021,** en lo que atiende a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ; el **12 de septiembre de 2021** respecto de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO; y el **13 de marzo de 2022,** con relación a HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ.

Sala Casación Penal@ 2024

La actuación procesal da cuenta que la sentencia de segunda instancia se profirió el **20 de febrero de 2020,** fecha para la cual no había operado el fenómeno extintivo de la acción penal.

Cabe resaltar, en este punto, que la emisión del fallo de segundo grado ocasiona, en términos del artículo 189 de la Ley 906 de 2004, una nueva suspensión del término de prescripción, que permite de la Corte, desde allí, contar con

un lapso máximo de 5 años para definir la demanda de casación.

Dicho esto, el cambio de denominación jurídica implica que se redosifique la pena, labor que se emprenderá a continuación.

5.2. Redosificación punitiva

El delito de *estafa agravada* prevé pena de 42.66 a 216 meses de prisión y multa de 88.88 a 2250 s.m.l.m.v., sanciones que arrojan los siguientes límites punitivos, con sus correspondientes cuartos:

Sala Casación Penal@ 2024

Pena de prisión

Mínimo		Medios		Máximo
42.66 m.	**85.995 m.**	129.33 m.	172.665m.	216 m.

Pena de multa

Mínimo		Medios		Máximo
88.88 s.	**629.16 s.**	1169.44 s.	1709.72 s.	2250 s.

Ahora bien, comoquiera que en este caso concurren circunstancias de atenuación -la carencia de antecedentes penales-

y de mayor punibilidad -obrar en coparticipación criminal-, la sanción tendrá que adecuarse en los cuartos medios; siguiendo los criterios del *A-quo* al momento de dosificar las penas, se impondrán las penas mínimas de los cuartos medios, es decir, 85.995 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía equivalente a 629.16 s.m.l.m.v.

En este punto, es preciso recordar que el defensor de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO señaló que no es posible que los procesados sean condenados como coautores y además que se le impute la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, en tanto, ello resulta contrario al principio de *non bis in ídem.*

Sala Casación Penal@ 2024

No le asiste razón al abogado. Sobre este tema, basta reiterar la decisión de la Corte CSJ SP2847-2020, Rad. 52567:

> «6. Adujo de otra parte el actor quebranto del principio non bis in ídem, por ser incompatible imputar a los procesados coautoría y a la vez la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58.10 esto es, "obrar en coparticipación criminal".
>
> Dada la claridad conceptual derivada de las nociones de autoría y coautoría como formas de intervención en el delito y de coparticipación como circunstancia agravante cuando quiera que media la participación de varias personas en su realización; adviértase de una vez que no existe la incompatibilidad lesiva del principio non bis in ídem a que se alude en este aspecto de la censura, mucho menos, como se verá, cuando la primera precisa de un esquema comprensivo de los aportes individuales que se engloban en la producción de un único hecho delictivo imputable a todos cuantos intervienen en dominio funcional del mismo, en tanto que la coparticipación está referida a la mediación que justamente tienen varios individuos (autores, determinadores o

> cómplices) en su ejecución, sin sujeción al codominio funcional que les es predicable.
>
> Por ende, la coautoría se afirma de aquel volumen de actos coordinados que deben valorarse con un sentido unitario de realización a todos los intervinientes bajo el mismo grado de atribución, es decir, que debe hacerse una valoración global de los aportes bajo la noción del dominio funcional del hecho; mientras que la coparticipación criminal como circunstancia agravante afirma la intención de diversas personas sin distinguir el título de la imputación que les corresponde a cada una»[81].

De esta forma, el que los procesados deban ser tenidos como coautores del delito de *estafa agravada,* no impide, de ninguna manera, que se atienda la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, pues, en este caso, esa específica circunstancia no ha sido valorada también como causal específica de agravación.

Sala Casación Penal@ 2024

En conclusión, las penas a imponer a **JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ** y **JUANITA IRAGORRI LÓPEZ,** en calidad de coautores penalmente responsables del delito de *estafa agravada,* corresponden a **85 meses y 29 días de prisión,** inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y **multa en cuantía equivalente a 629.16 s.m.l.m.v.**

Ahora bien, es cierto que HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ fue declarado penalmente responsable por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales,* y que respecto de él no

[81] Ver, CSJ AP3645-2018, rad. 50711; CSJ AP5737-2017, rad. 47437; CSJ SP6332-2016, rad. 40843.

se presentó el fenómeno de la prescripción de la acción penal de este comportamiento, de modo que lo procedente sería aumentar la pena por el concurso heterogéneo de delitos.

Sin embargo, la Corte no puede soslayar que el *A-quo,* al momento de llevar a cabo el proceso de dosificación punitiva, pese a que manifestó que por este delito aumentaría la pena en 10 meses, debido al concurso heterogéneo, al momento de imponer la sanción omitió aumentarla en esa proporción, por lo que, finalmente, sólo le impuso la pena correspondiente al delito de *peculado por apropiación agravado.*

Por lo tanto, en aras de no vulnerar el principio de *non reformatio in pejus* la Corte no aumentará la pena por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales.*

Sala Casación Penal@ 2024

Por otro lado, en atención al principio referido, pese a que la pena de multa para el delito de *estafa agravada* corresponde a **629.16 s.m.l.m.v.,** se mantendrá la pena impuesta en este caso, esto es, el pago de la suma de $209.850.243, en cuanto corresponde a **454.71 s.m.l.m.v.** para el año 2008.

Finalmente, los defensores de manera conjunta manifestaron que en este caso se debe dar aplicación al inciso final del artículo 401 del Código Penal, norma que prevé que en los delitos de peculado la pena se debe rebajar hasta en una tercera parte, en los eventos en los que se

reintegre de manera parcial lo apropiado, antes de iniciarse la investigación.

Al respecto, basta señalar que la variación de la calificación jurídica de *peculado por apropiación* a *estafa* impide la aplicación de la norma referida por los abogados.

De cualquier modo, es importante señalar que en este caso no se produjo el reintegro de lo apropiado. La adquisición de un Título de Tesorería TES por valor de $334.807.916 y el pago de la suma de $37.104.408 por concepto de intereses, no obró como consecuencia del reintegro de lo apropiado, sino que tales actos se constituyeron en una estrategia más para mantener en engaño a MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL.

Sala Casación Penal@ 2024

Sobre la prisión domiciliaria

Para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos -entre los meses de mayo y octubre de 2008-, el artículo 38 del Código Penal señalaba lo siguiente:

> «ARTÍCULO 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:
>
> 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

> 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
>
> 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (…)».

La Ley 1142 de 2007 – artículo 32-, restringió esa posibilidad cuando la persona hubiese sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, lo que no se verifica en esta ocasión respecto de ninguno de los procesados.

Pues bien, en el caso concreto, el requisito objetivo se entiende cumplido, en atención a que la pena mínima prevista en la ley para el delito de *estafa agravada,* no supera los 5 años de prisión -42.66 meses-; sin embargo, el requisito subjetivo no se verifica, en la medida en que la naturaleza y gravedad del delito cometido, así como las condiciones de la conducta punible, permiten suponer que **JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ** y **JUANITA IRAGORRI LÓPEZ** requieren de tratamiento penitenciario y no es posible deducir seria, fundada y motivadamente, que no pondrán en peligro a la comunidad.

Frente a lo primero, es importante destacar la preeminente gravedad de la conducta, en atención a la naturaleza de la víctima y al origen y destinación de los

caudales de los que los procesados se apropiaron ilícitamente.

En efecto, la víctima en este caso fue la Empresa Social del Estado Hospital Francisco de Paula Santander, del municipio de Santander de Quilichao, Cauca, lo que significa que los dineros de los que se apropiaron los procesados eran recursos de naturaleza pública procedentes de rentas de destinación específica (juegos de suerte y azar y licores) destinados a la prestación del servicio de salud de las personas más vulnerables del país.

@Sala Casación Penal@ 2024

En el ámbito ideal, estos dineros debían irrigar, desde el punto de vista asistencial, los estamentos sociales más deprimidos de los entes territoriales referidos, con lo que se estrecharía la brecha de inequidad inherente a la colectividad colombiana y, de ninguna manera, terminar en peculios de particulares a quienes únicamente los mueve el deseo de enriquecerse de forma desmedida, fácil e ilegal, sin cortapisa ética o moral alguna.

En efecto, *Juan Pablo Peláez Velasco*, quien, como se dijo, fue nombrado gerente en propiedad del Hospital Francisco de Paula Santander, en reemplazo de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, manifestó que durante el tiempo que se desempeñó en el cargo no pudo hacer ninguna inversión porque el Título de Tesorería, TES, que los procesados trasladaron a la subcuenta del hospital, sólo podía ser

cobrado en el mes de septiembre del 2014, por valor de $651.712.000, pues, en caso de que se negociara antes de esa fecha, el valor recibido sería mucho menor, lo que terminaría impactando en mayor medida el peculio del hospital, entidad que, además, perdió la indexación del dinero, el cual, lamentablemente, en este caso no fue tasado, hecho que generó un grave daño.

Por otro lado, la Corte no puede dejar de desvalorar la desfachatez de los procesados, a tal punto que luego de que JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO le pidió a JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, que le enviara los documentos para vincular al Hospital Francisco de Paula Santander a la sociedad comisionista de bolsa Serfinco s.a., ella le advirtió: «uff te estás metiendo en mi tierra...»[82] a lo que éste le contestó: «a la lata ahhh y envíeme pues los datos de a quien visitar en el mpio popayo»[83]. Y, en otra conversación, que sostuvo JUANITA IRAGORRI LÓPEZ con una persona que se comunicaba desde el correo jcjimenez@mensajeria.serfinco.com.co, esta persona le dijo «tú te vas a adueñar de Popayán»[84], a lo que ella le contestó: «sii, toca, jajaja»[85]. Lo anterior, además, deja en evidencia un absoluto desprecio por las necesidades insatisfechas de los ciudadanos de la localidad.

Sala Casación Penal@ 2024

[82] Celda 18401.
[83] Celda 18402.
[84] Celda 23506.
[85] Celdas 23508 a 23510

Además de lo anterior, la Sala encuentra que en este caso resulta necesario que la pena se cumpla en establecimiento de reclusión, con la finalidad de proteger a la comunidad de que los procesados sigan ejecutando conductas del mismo tenor.

Al respecto, lo primero que hay que señalar, es que, en el presente asunto se incorporaron varias comunicaciones y documentos que dan cuenta de la participación de JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y otras personas, en hechos criminales similares a los aquí juzgados, relacionados con otras entidades estatales, lo que deja al descubierto el amplio ámbito delictivo que abarca su actividad. Lo anterior, sumado a que nada impide que desde su sitio de residencia los implicados no puedan seguir adelantando este mismo tipo de comportamientos.

Sala Casación Penal@ 2024

En consecuencia, dado que la Corte no puede deducir *«seria, fundada y motivadamente»*, que los acusados no pondrán en peligro a la comunidad, se negará el beneficio de prisión domiciliaria.

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

RESUELVE

Primero: **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 20 de febrero de 2020.

Segundo: **DECLARAR** la extinción de la acción penal, por prescripción, a favor de MELVA LILIA VARGAS SANDOVAL, JUANITA IRAGORRI LÓPEZ y JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y, en consecuencia, **ORDENAR** la preclusión de la actuación seguida en su contra.

@Sala Casación Penal@ 2024

Tercero: **MODIFICAR** el fallo condenatorio de segundo grado proferido contra JOSÉ FERNANDO NARANJO ZAMBRANO, HÉCTOR JAIRO BONILLA LÓPEZ y JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en el sentido de condenarlos como coautores responsables del delito de estafa agravada, a 85 meses y 29 días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa por la suma de $209.850.243.

Cuarto: El resto de la decisión permanece incólume.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Aclaración de voto

GERSON CHAVERRA CASTRO
Salvamento de voto

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Sala Casación Penal@ 2024

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 58F5BDA6E0B34012CB82E088719BAE0F4CB1069C9D8D1E7BBD122578725EF84E
Documento generado en 2024-06-06

Sala Casación Penal © 2024

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

ACLARACIÓN DE VOTO

Sala Casación Penal@ 2024

Radicado interno:	57851 Casación
CUI:	19698600063320090026401
Implicados:	Héctor Jairo Bonilla López, José Fernando Naranjo Zambrano, Juanita Iragorri López y Melva Lilia Vargas Sandoval.
Mag. ponente Dr.	Diego Eugenio Corredor Beltrán
Sentencia de casación:	29 de mayo de 2024
Delitos imputados:	Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado (por la cuantía).
Tema de esta aclaración:	Variación sustancial del núcleo de los hechos jurídicamente relevantes imputados

Con el respeto que profeso por el pensamiento de los dignatarios de la Sala y sus decisiones, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 56 de la Ley 270 de 1996 *(Estatutaria de la Administración de Justicia)*, comedidamente manifiesto mi aclaración de voto; en la cual reiteraré que, en lo atinente a los hechos jurídicamente relevantes, ***la sinrazón continúa***.

1. Estimo necesario aclarar mi voto, como lo he hecho en casos similares[1], en los cuales la Sala mayoritaria de Casación Penal ha adoptado diversas y controversiales decisiones relativas a la temática de los *hechos jurídicamente relevantes*.

2. Con el fin de expresar lo que pienso, he optado por la vía de la aclaración de voto *(no del salvamento)* porque, dado el foco de mi interés, no disentiré de las decisiones adoptadas por la Sala mayoritaria de Casación Penal[2] en la parte resolutiva de la Sentencia SP1281-2024 *(rad. 57851)* de 29 de mayo de 2024; sino que me concentraré en el tratamiento otorgado en dicho fallo a los *hechos jurídicamente relevantes*.

Sala Casación Penal@ 2024

3. Ello, con el fin de demostrar que ***la sinrazón continúa*** y que, por consecuencia de lo decidido por la mayoría en este fallo de casación, en la práctica, ha operado un cambio drástico *(no declarado)* en la postura de la Corte, que hasta ahora venía insistiendo en la inviabilidad de alterar el núcleo de los *hechos jurídicamente relevantes* comunicados por la Fiscalía desde la audiencia de imputación.

4. Concretamente, en el fallo del que aclaro mi voto, la Sala mayoritaria de Casación Penal pasó de *peculado* doloso a *estafa* para tres implicados; y cambió el título de imputación a una procesada de *autora*, a *víctima*. Con ello, introdujo un cambio total, esencial, radical y completo al núcleo de los *hechos jurídicamente relevantes* comunicados por la Fiscalía desde la imputación; a pesar de que la misma Corporación en reiterados

---

[1] Radicaciones 59629, 61690 y 6442 (salvamento).
[2] Con salvamento de voto del magistrado Gerson Chaverra Castro.

pronunciamientos venía prohibiendo categóricamente modificar ese núcleo; restricción que había erigido en una especie de dogma sacramental, cuya violación se asemejaba a una herejía procesal sancionable la mayoría de las veces con nulidad y otras, con absolución.

5. Entonces, aclaro el voto en lugar de salvarlo, porque yo, Fernando Bolaños Palacios, como magistrado de la Sala de Casación Penal, me he venido oponiendo sistemáticamente a varias decisiones en las cuales la Corte se ha encargado de deificar los *hechos jurídicamente relevantes*, al punto de conceptualizarlos como algo intocable, cuyos aspectos nucleares supuestamente es obligatorio fijar o especificar desde la formulación de imputación.

Sala Casación Penal@ 2024

6. Festejo y reconozco ese trascendental cambio *(insisto, no declarado ni explicitado como tal)*, porque tengo la convicción de que la fijación inamovible en lo esencial de los *hechos jurídicamente relevantes* desde la audiencia de imputación es una exigencia que inventó la jurisprudencia, que no está prevista en la normatividad vigente; y que, muchas veces, se vuelve impracticable por: i) desconocer la realidad dinámica del devenir procesal, ii) minimizar gestión investigativa que la Fiscalía debe realizar posteriormente, iii) ignorar de antemano lo que pudieren demostrar las pruebas practicadas en el juicio oral, y iv) propiciar impunidad oficiosamente, a través de declaratorias de nulidad o inmerecidas absoluciones, sin que medie vulneración alguna del derecho a la defensa; supuesto que, en muchas ocasiones, ni siquiera los abogados alegan.

7. Entonces, al parecer, de ahora en adelante, siempre que no se agrave la situación de los implicados, podrían introducirse válidamente cambios esenciales en los *hechos jurídicamente relevantes* en distintos episodios procesales, tales como el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de la misma, en los alegatos finales o en las sentencias *(como en este caso sucedió en sede de casación)*.

Es decir, los *hechos jurídicamente relevantes* han dejado de ser inamovibles y, en adelante, pueden ser cambiados en su esencia, siempre y cuando ello favorezca al implicado; por ejemplo, al tipificar el nuevo sustrato fáctico en una conducta punible sancionada con pena menor; como aquí sucedió, de *peculado* a *estafa*.

Sala Casación Penal@ 2024

8. Pienso que la línea de precedentes de la Corte sobre los hechos jurídicamente relevantes venía generando más conflictos interpretativos de los que quería solucionar. Es por ello que me he opuesto a las declaratorias de nulidad, especialmente cuando bajo la potestad autoritaria de invalidar las actuaciones se protege la ideología generada en torno de los *hechos jurídicamente relevantes*; lo que ha sucedido inclusive oficiosamente, de espaldas al principio adversarial, y en casos donde ninguna mengua o menoscabo se ha acreditado sobre el derecho a la defensa.

9. Ciertamente, en el presente asunto, tras describir los *hechos jurídicamente relevantes*, la Fiscalía imputó y acusó a Héctor Jairo Bonilla López *(Gerente de Probolsa S.A.)*, José Fernando Naranjo Zambrano *(Asesor comercial de Probolsa S.A.)*, Juanita

Iragorri López *(Gerente de Serfinco S.A.)* y a Melva Lilia Vargas Sandoval *(Gerente del Hospital de Santander de Quilichao – Cauca)*, por haber confabulado dolosamente los cuatro, con el fin de desfalcar esa entidad municipal de salud, a través de una figura contractual, como lo hicieron.

10. Agotado el juicio oral, ninguno de los intervinientes cuestionó esos *hechos jurídicamente relevantes* ni la calificación jurídica asignada; y en los alegatos de clausura disertaron así:

Sala Casación Penal © 2024

i) El Fiscal delegado, solicitó condena para todos, pues, de acuerdo con lo probado, los cuatro actuaron en coparticipación dolosa.

ii) Representante del Ministerio Público: "*todos los acusados se concertaron, en procura de llevar adelante sus proclives designios, en detrimento de los recursos oficiales…*"[3]

iii) Apoderada de víctimas: en los procesos disciplinario y fiscal se demostró que la Gerente del Hospital actuó con culpa al haber "*cometido un error grave dada su condición de médica y con estudios de gerencia en salud*".[4]

iv) El defensor de Melva Lilia Vargas Sandoval *(Gerente del Hospital de Santander de Quilichao)*, pidió absolución, pues ella fue "*asaltada en su buena fe…recibió falso asesoramiento…se puede aplicar el principio de confianza debida y buena fe guardada (sic)*".

---

[3] Pág. 39, sentencia de primera instancia.
[4] Pág. 40, sentencia de primera instancia.

v) Los defensores de los otros implicados pidieron prescripción, declaratorias de nulidad; y absolución, básicamente por atipicidad de las conductas *(no existió contrato)* y ausencia de dolo.

11. El Juez de primera instancia condenó a los dos empleados de Probolsa y a la de Serfinco, en calidad de intervinientes, en los delitos dolosos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*.

@Sala Casación Penal@ 2024

El mismo servidor judicial condenó a Melva Lilia Vargas Sandoval *(Gerente del Hospital)*, por *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, cometido con *error vencible*; declaró que ella sí incurrió en *peculado*, pero *culposo*, y declaró prescrita esta conducta.

Cabe anotar que el defensor de la mencionada Gerente interpuso el recurso de apelación contra la condena de primera instancia; sin embargo, desistió de esa impugnación, lo cual, judicialmente, se ha entendido como expresión de conformidad con lo decidido.

Con todo, pese a no haber apelado, se presentó demanda de casación en nombre de Melva Lilia Vargas Sandoval, la cual fue inadmitida por cuanto "*carece de interés para recurrir*" en auto AP346 *(57851)* de la Sala de Casación Penal.

12. La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán confirmó "*en todas sus partes y por los motivos de apelación*" la sentencia de primer grado.

13. Así discurrió el proceso penal en las dos instancias, sin cuestionamiento alguno en torno de los *hechos jurídicamente relevantes*, ni siquiera por la defensa de Melva Lilia Vargas Sandoval *(Gerente del Hospital de Santander de Quilichao)*, quién no protestó porque las conductas se hubiesen calificado como de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y de *peculado*. Es más, ni siquiera apeló la condena en su contra.

Sala Casación Penal@ 2024

14. Las demandas de casación y las intervenciones de los no recurrentes ningún cuestionamiento hicieron respecto de los *hechos jurídicamente relevantes*; salvo, claro está, la pretensión de desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía, por ausencia de pruebas o errónea valoración de las mismas, e incluso prescripción de la acción penal.

15. Se destaca que, en su demanda de casación, el defensor de José Fernando Naranjo Zambrano *(Asesor comercial de Probolsa)*, en uno de los cargos, de manera muy conveniente para este implicado, afirmó que el Tribunal Superior había declarado que Melva Lilia Vargas Sandoval *(Gerente del Hospital)* fue inducida en error para que entregara dineros públicos de esa entidad; por lo cual, a decir del libelista, los hechos no se adecuan al delito de *peculado por apropiación,* sino al de *estafa*.

16. Empero, el mismo abogado, conocedor de la jurisprudencia vigente, reconoció la imposibilidad de modificar

los *hechos jurídicamente relevantes* para cambiarlos desde un escenario de coparticipación dolosa en un *peculado (donde la gerente es autora)*, hacia otro marco factual donde ella no habría actuado con dolo; sino que, por el contrario, sería víctima de una *estafa*, supuestamente perpetrada por los tres restantes implicados.

Así se resumió en la sentencia de casación lo dicho por el defensor de Naranjo Zambrano *(Probolsa)*:

> *"La solución, entonces, sería emitir condena en contra de su representado por el delito de estafa, si no fuera porque con ello se vulneraría el principio de congruencia, en tanto, dicha variación implicaría una modificación de los hechos jurídicamente relevantes, aunado a que los dos delitos atentan contra bienes jurídicos diferentes."*[5]

Sala Casación Penal @ 2024

Concluyó que, ante esa encrucijada, se debería condenar por "*peculado de uso*".

17. Sin embargo, la Sala mayoritaria de Casación Penal[6], tras afirmar que no se trata de alterar los *hechos jurídicamente relevantes*, sino de una variación en la calificación jurídica, decidió que no se configuraba un *peculado*, sino una *estafa,* de la que fue víctima Melva Lilia Vargas Sandoval *(Gerente del Hospital).*

Con tal convicción, la Corte casó parcialmente y de oficio el fallo de segunda instancia; y condenó por *estafa agravada* a Héctor Jairo Bonilla López *(Gerente de Probolsa)*, José Fernando Naranjo Zambrano *(Asesor comercial de Probolsa)* y a Juanita Iragorri

---

[5] Fallo de casación, pág. 21.
[6] Con salvamento de voto del magistrado Gerson Chaverra Castro.

López *(Gerente de Serfinco)*. El *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, prescribió para todos.

18. El anterior es el contexto donde ***la sinrazón continúa*** puesto que, pese a lo afirmado por la Sala de Casación Penal, refulge que sí operó un diáfano y profundo cambio en los aspectos más nucleares de los *hechos jurídicamente relevantes*.

Ello, dado que la imputación y la acusación se centraron en la coparticipación dolosa de los cuatro procesados con la finalidad de apoderarse del dinero perteneciente al Hospital de Santander de Quilichao; en un despliegue de conductas dolosas que todos entendieron estructuraban el delito de *peculado por apropiación*, utilizando como medio un contrato *sin cumplimiento requisitos legales*.

Sala Casación Penal© 2024

19. Sin embargo, desde ahí la Corte mutó hasta un núcleo fáctico por entero diferente, en el cual la gerente de ese establecimiento público dejó de ser autora dolosa *(confabulada, concertada, coludida)*, y pasó a ser víctima, porque sucumbió ante supuestos ardides y engaños que le habrían hecho los tres restantes, a quienes, por tanto, en sede de casación, se declaró coautores de *estafa agravada*.

20. Con ese cambio, la Sala mayoritaria de Casación Penal desdijo de su reiterada línea de precedentes sacralizadores de los *hechos jurídicamente relevantes*; máxime que, en este particular asunto, el derecho a la defensa sí podría verse menguado, toda vez que la fundamentación de pertinencia probatoria de la

defensa se encaminó a desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía *(peculado doloso, por colusión de todos, incluida la Gerente)*; lo cual dista mucho de lo que se debe probar para rebatir un cargo por *estafa*, donde la Gerente del hospital pasó de autora a víctima.

21. Como he venido sosteniendo en aclaraciones y salvamentos de voto, multiplicidad de pronunciamientos *(autos y sentencias)* de la Sala mayoritaria de Casación Penal en torno de los *hechos jurídicamente relevantes* han generado desconcierto, confusión y desazón en buena parte de implicados, fiscales, defensores, víctimas, intervinientes, jueces, magistrados *(entre ellos, este servidor)*, docentes, estudiantes y académicos en general; cuando lo esperado era todo lo contrario, esto es, que la jurisprudencia cumpliera su función de esclarecer y unificar.

@Sala Casación Penal@ 2024

Pero esto último está lejos de suceder y, por ello afirmo una vez más, ***la sinrazón continúa***.

22. Algunas decisiones de la Sala mayoritaria de Casación penal han sacralizado los *hechos jurídicamente relevantes*, al punto de exigir una especie de conservación absoluta de su núcleo, en sus componentes *tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad,* desde la imputación hasta la sentencia inclusive *(SP3168-2017; 44609 de 2017, 55370 de 2021).*

Esa línea de precedentes más rígida venía propendiendo por la declaratoria de nulidad en casos donde la imputación sea imprecisa, ambigua o ambivalente; y tal "*solución*" era aplicable de oficio, sin necesidad de que el interesado tenga la carga de

demostrar la verdadera y material violación del derecho a la defensa; y sin exigir que se constaten los principios que gravitan en el ámbito de las nulidades *(trascendencia, instrumentalidad de las formas, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación. SCP sentencia de 20 de marzo de 2007, rad. 30710).*

23. Con los anteriores coexisten precedentes menos drásticos, de casos donde la Sala de Casación Penal ha reconocido a los fiscales y jueces[7] la posibilidad de enmendar los supuestos defectos de los *hechos jurídicamente relevantes*, para evitar incongruencias, a través de algunos ajustes en el ámbito de las competencias de cada quien.

@Sala Casación Penal@ 2024

Y en otros eventos, en sede de casación, se ha optado por absolver, cuando la Fiscalía no logra demostrar su teoría del caso confeccionada con base en *hechos jurídicamente relevantes* ambiguos, confusos o incomprensibles.

24. Como se aprecia, ***la sinrazón continúa*** y, todo parece indicar que así seguirán las cosas, debido a que hasta el momento no ha existido ni existe una hermenéutica comprensible, segura y confiable acerca de lo que los mortales podríamos llegar a comprender acerca que lo que son y/o deberían ser los *hechos jurídicamente relevantes*.

25. En el caso que se analiza, pareciera que, de un acto de comunicación en la audiencia de imputación a cargo del Fiscal,

---

[7] El auto de la Sala de Casación penal radicado 64442 (del cual salvé el voto), es un modelo paradigmático donde el Juez le dijo a la Fiscalía en qué términos debería corregir los hechos jurídicamente relevantes.

el núcleo de los *hechos jurídicamente relevantes* se desmitificó, para empezar a concebirse como un constructo colectivo, al que van aportando los intervinientes, inclusive los jueces, en el transcurso procesal.

La situación podría ser dramática, porque así el principio acusatorio luce ausente o desteñido; como en el presente asunto, al ser un hecho cierto que la Fiscalía no acusó por *estafa*; fue la Corte quien lo hizo.

26. A manera de comentario agrego que el sombrío panorama en torno de los *hechos jurídicamente relevantes* podría haber iniciado con la propia redacción normativa. El artículo 2° del Código Penal, Decreto- Ley 100 de 1980, hablaba de "*Hecho punible*" para referirse a la conducta típica antijurídica y culpable.

Sala Casación Penal © 2024

El Código Penal, Ley 599 de 2000, en su artículo 9°, introdujo el nombre de "*Conducta punible*", con la misma estructura tripartita. En la exposición de motivos de este cuerpo normativo se expresó:

> "*El artículo 9° habla de conducta punible, en aras de resaltar el derecho penal de acto, consagrando sus características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad…*"[8]

[8] Fiscalía General de la Nación. *Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*. Editorial Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá 1988. P 16.

Ello, para adscribir definitivamente la Ley 599 de 2000 en el derecho penal de conducta o acto; y marcar una evidente distancia con anteriores posturas eco del derecho penal de autor, con raigambre peligrosista.

27. Ideal hubiera sido, entonces, que el Código de Procedimiento Penal que ahora rige, Ley 906 de 2004, en materia de imputación y acusación se hubiese puesto a tono y, en lugar de utilizar la expresión "*hechos jurídicamente relevantes*" hubiese hablado de "*conductas jurídicamente relevantes*", lo cual habría ayudado a comprender que lo importante es describir lo que cada implicado hizo o dejó de hacer.

Sala Casación Penal@ 2021

Pero no, ello no sucedió y, en vez de actualizarse para compaginar con la terminología de la Ley 599 de 2000, el Código de Procedimiento "*acusatorio*" continuó con el lenguaje antiguo.

28. La discusión podría haber empezado por lo semántico, paso hermenéutico que se aconseja necesario.

En el uso común de las palabras *(porque la ley no las define)* el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en las acepciones que ahora interesan, con relación al vocablo "*hecho*", dice lo siguiente:

> *"4. m. Acción u obra.*
>
> *SIN.: acción, acto, obra, hazaña, proeza, gesta, empresa, aventura, labor, faena, trabajo.*

5. m. Cosa que sucede.

SIN.: acontecimiento, suceso, acaecimiento, evento, ocasión, situación, coyuntura, circunstancia, trance, lance, accidente, incidente, peripecia, efeméride, sucedido."

El mismo Diccionario, frente a la palabra "*conducta*", en lo concerniente expresa:

"1. f. Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones.

SIN.: comportamiento, proceder, actuación, hábito, costumbre."

Sala Casación Penal@ 2024

Nótese que, a partir de lenguaje común y corriente, hubiera sido más compresible pedir que en la imputación y en la acusación la Fiscalía hiciera una relación de las *conductas jurídicamente relevantes*; en vez de un relato de los *hechos jurídicamente relevantes*.

29. Qué más da. ***La sinrazón continúa***. Entre tanto, a riesgo de estar equivocado *(como dijo la Sala mayoritaria, lo estuvieron todos: fiscales, jueces, magistrados del Tribunal Superior, delegados del Ministerio Público y defensores en el proceso penal al que corresponde esta aclaración de voto)*, me atrevería a pensar que los *hechos jurídicamente relevantes*, en términos de imputación y acusación, se integran con tres conjuntos de elementos: i) las manifestaciones de la conducta del implicado *(acción u omisión)* que compaginen con lo que cada tipo penal endilgado describa; ii) las consecuencias perceptibles y verificables en el mundo real de esas conductas; y iii) las consecuencias jurídico-penales que los anteriores dos conjuntos generen.

30. Aquello, por supuesto, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió cada una de esas manifestaciones y consecuencias; descrito en la imputación de un modo claro y sencillo; sin formulas conclusivas ni cláusulas cerradas; susceptible de ser aclarado, corregido, o modificado en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de la misma y en los alegatos finales.

Y todo, bajo la condición de que la defensa tenga un espacio procesal cierto y seguro para afrontar esos cambios, especialmente cuando la variación pudiera ser contraria a sus intereses o se demuestre la generación de un perjuicio real contra el implicado.

Sala Casación Penal@ 2024

31. En el anterior sentido dejo sustentada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

Fecha ut supra.

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 8F029355B5A9FCB28A4C66687FDD67CE0DA6F9952BE773584B4FEE4D92CF59FD
Documento generado en 2024-07-02