

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Santiago Apráez Villota
Aprobado acta No. 85.

Medellín, junio catorce (14) de dos mil dieciocho (2018).

Se pronuncia la Sala sobre la apelación interpuesta por el defensor de Diego Javier Vélez Yepes contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 7 de diciembre por el Juzgado 26 Penal Municipal, mediante la cual se condenó a este último como autor del delito de estafa.

ANTECEDENTES

1. Toda vez que David Rey Mercado Montalvo estaba interesado en adquirir un inmueble, al observar un anuncio en el periódico “*El colombiano*”, el 4 de diciembre de 2012 se comunicó con Juan Carlos Díaz, trabajador de la inmobiliaria “*Judea*”, quien lo puso en contacto con Diego Javier Vélez Yepes, persona que adujo ser el propietario del apartamento que le interesaba, el cual estaba ubicado en la carrera 45 C No. 64-79/43 en la urbanización “*proyecto multifamiliar portal del prado*”.

Al día siguiente, David Rey Mercado Montalvo y Diego Javier Vélez Yepes se encontraron en el inmueble, donde este último se lo mostró, luego de lo cual se dirigieron hasta la oficina de Vélez Yépez en inmediaciones del estadio, en la que le indicó a Rey Mercado que el apartamento “*no tenía ningún problema... que los papeles estaban al día*” y que contaba con el certificado de libertad y tradición del mismo (el cual no le mostró), por lo que podían hacer la promesa de compraventa y extender el plazo para el pago hasta el 30 de enero de 2013.

En consecuencia, ese mismo día David Rey Mercado y Diego Javier Vélez realizaron un contrato de promesa de compraventa por valor de \$43.000.000 sobre el apartamento detallado, pactándose el pago del mismo de la siguiente forma: el comprador (Rey Mercado) entregaría la suma de \$20.000.000 a la firma de la promesa, mientras que los \$23.000.000 restantes habría de pagarlos al suscribirse la escritura pública, lo cual se haría el 30 de enero de 2013. Acto seguido, Rey Mercado hizo una transferencia por el valor de \$20.000.000 a una cuenta que le indicó Vélez Yepes, quien le entregó las guardas de la puerta del apartamento al comprador para que pudiera ingresar e ir realizándole unas mejoras, dado que estaba en obra gris, como ocurrió.

El 30 de enero de 2013, David Rey Mercado arribó a la Notaria para firmar la escritura y entregar el dinero restante, pero el vendedor Diego Javier Vélez Yepes no se hizo presente, por lo que no pudo firmarse dicho instrumento notarial.

Posteriormente, se estableció que el inmueble objeto del negocio jurídico estaba embargado e hipotecado y que el propietario del mismo no era Diego Javier Vélez Yepes, sino su consorte.

2. Por estos hechos la Fiscal 135 Local formuló imputación a Diego Javier Vélez Yepes en audiencia celebrada el 21 de diciembre de 2015 por el Juez 41 Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías por la comisión de un delito de estafa (artículo 246 del código penal).

3. Posteriormente la misma Fiscal radicó escrito de acusación en contra del imputado como autor del delito de estafa, siendo asignada la actuación al Juzgado 26 Penal Municipal de Medellín con funciones de conocimiento, el cual llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 24 de mayo de 2016, la audiencia preparatoria el 12 de octubre subsiguiente y de juicio oral los días 6 de abril y 26 de septiembre de 2017, fecha esta última en que emitió sentido de fallo condenatorio.

4. En consonancia con su anuncio, el 7 de diciembre de 2017, el Juez 26 Penal Municipal profirió sentencia en la que condenó a Diego Javier Vélez Yepes como autor del delito de estafa a la pena de 32 meses de prisión y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para adoptar tal determinación el Funcionario comenzó trayendo a colación el tipo penal de estafa y los elementos que lo configuran, descendiendo luego al análisis probatorio, acápite en el que afirmó que quedó probada la materialidad de la infracción y la responsabilidad de Diego Javier Vélez Yepes.

En desarrollo de esa afirmación expresó el Funcionario que quedó acreditado que hubo un aprovechamiento ilícito en cabeza de Diego Javier Vélez Yépez y que a través de la declaración de la víctima se probó que el 5 de diciembre de 2012 transfirió \$20.000.000 de pesos desde su cuenta de Bancolombia a la de John Jairo Mejía Bran como parte del pago por la compra de un apartamento, sin que ese negocio jurídico se hubiera realizado, como tampoco la devolución del dinero.

En punto a ese incremento patrimonial de Diego Javier Vélez Yepes, expresó que el mismo se dio:

“por las maniobras engañosas utilizadas por el aquí enjuiciado al prometer en venta el inmueble descrito, indicándole al promitente comprador que el mismo se encontraba libre de toda clase de gravámenes y limitaciones al dominio como censo, embargo judicial, pleito pendiente, arrendamiento , entre otros, y así lo hizo constar en la cláusula tercera del respectivo documento, sin que ello fuera cierto, pues el mismo se encontraba embargado desde mucho antes de la negociación (2-5-2007) según la anotación 10 que obra al folio de matrícula inmobiliaria del apartamento 311, y adicionalmente se hallaba hipotecado conforme da cuenta la anotación 7 del mismo documento desde el 6-10-2004, gravamen este último que si bien no saca el bien del comercio si hace que tenga un valor menor, y tampoco lo fue puesto en conocimiento del comprador, pues por el contrario, le fue ocultado. Y aunado a lo anterior, también se reafirma el engaño con el hecho de hacer entrega de las llaves del inmueble por parte de quien fungió como vendedor, para Lugo impedirle a la víctima el ingreso al mismo cambiándole las guardas a la puerta de entrada” (folio 116).

Consideró entonces el funcionario que se acreditó el delito de estafa en la medida que se probó, incluso con el testimonio del acusado, que este recibió la suma de \$20.000.000 de parte de la víctima como pago del negocio de compraventa efectuado entre ellos, el cual nunca se materializó debido a que el inmueble objeto del contrato estaba embargado, situación esta última que en sentir del funcionario constituyó el engaño que refiere el tipo penal.

En consecuencia, dio por acreditada la actualización del delito de estafa y condenó al acusado como autor del mismo.

5. La sentencia fue apelada por el defensor, con la pretensión de que se revoque y se absuelva a su representado del delito por el que se condenó.

El recurrente inició su exposición haciendo un resumen de los antecedentes del caso y los alegatos presentados por la fiscalía, en orden a concluir que se está ante un contrato de promesa de compraventa que reúne los requisitos para su configuración.

Adujo también que las partes estipularon el desistimiento al contrato en la cláusula segunda del mismo que se aplicó a transcribir y que esta hace alusión a la cláusula resolutoria tácita que aplica en todos los contratos conforme lo prevé el artículo 1546 del código civil.

Para el censor, entonces, el promitente comprador en aras de recuperar su dinero acudió a la vía equivocada cuando instauró denuncia penal, puesto que la controversia corresponde a la jurisdicción civil.

De otro lado expuso que la Constitución nacional prevé el principio de la buena fe, que no se probó en este caso la mala fe de Diego Javier Vélez Yepes, como tampoco que actuara con dolo en la suscripción del contrato, por lo que, concluye, no puede afirmarse la existencia de un delito.

Destaco que el artículo 246 predica un “*perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo en error por medio de artificios o engaños*”, maniobras que en su sentir no quedaron probadas, insistiendo al tiempo la ausencia de

dolo, en consecuencia, *“por lógica jurídica, no puede predicarse un lesionamiento al patrimonio económico del denunciante”* (folio 121).

Luego trajo a colación apartes de una sentencia – que no citó – en la que la Corte precisa que *“el delito de estafa no se presenta cuando la víctima de la conducta cuenta con mecanismos de tutela disponibles que le permiten conocer la situación real del bien, y en lugar de acudir a ellos, decide asumir el riesgo, porque también a ella le es exigible un mínimo de diligencia prudente. Atendiendo su nivel intelectual, su experiencia, el medio social en el que se desenvuelve y su pericia en asuntos de la naturaleza que se ventila”* (folio 122).

Aduce que pese a la limitación del dominio recaída sobre el inmueble, la intención del procesado era darle cumplimiento al contrato, por manera que siempre actuó conforme al principio de buena fe, respecto al cual precisó jurisprudencia constitucional.

Finalmente reiteró que existía la figura del desistimiento y que si la intención del procesado *“hubiese sido la de defraudar el patrimonio económico del denunciante, no hubiese colocado dicha cláusula “desistimiento”, la cual, como puede colegirse se trata simple y llanamente de devolver el dinero a su promitente comprador, lo cual es procedente, según la misma cláusula poniendo en venta el bien onjeto del contrato. No puede predicarse entonces mala fe, dolo, ardid o engaño alguno, de parte del señor Diego Javier Vélez Yepes, elementos que son el andamiaje jurídico, del delito de estafa”*.

CONSIDERACIONES

Atendiendo a la legitimidad e interés que asiste a la defensa para apelar la sentencia condenatoria, la Sala pasará a desatar la alzada, siendo además competente para ello.

En esa tarea empieza advirtiéndole que respecto a la forma en que fueron fijados los hechos por el juez no hay controversia, por lo que el problema jurídico en este caso es de carácter dogmático y estriba en determinar si se tipificó la conducta de estafa cuando el procesado prometió en venta a la víctima un inmueble aduciendo que era su propietario y que sobre él no recaía ningún gravamen, cuando lo cierto es que estaba embargado

e hipotecado desde hacía varios años, situación que además se facilitó porque el vendedor le entregó las llaves del inmueble al comprador para que le hiciera mejoras para dejarlo habitable.

Para resolver ese interrogante la Sala acudirá principalmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encargada de desarrollar teóricamente el delito de estafa, por cuanto esta contiene precisiones que aplican al caso e indican la solución del mismo.

Con base en ella y la redacción del artículo 246 del Código Penal es fácil delimitar que el delito de estafa requiere que se presente una sucesión causal de los siguientes eventos: *i)* que el sujeto activo despliegue un artificio o engaño con el fin de suscitar error en la víctima; *ii)* que ese ardid sea efectivo; *iii)* la obtención de un provecho ilícito para aquel que desarrolla el engaño; *iv)* un correlativo detrimento patrimonial ajeno; y, *v)* la relación de causalidad entre el engaño y el detrimento patrimonial.

Hasta ahí el asunto parece sencillo, pero no lo es tanto al momento de determinar la idoneidad del artificio o engaño, por lo que no ha sido constante la línea trazada por el Máximo Tribunal en cuanto a ese asunto. Precisamente, en un importante pronunciamiento¹ reconoció que ha apadrinado dos posturas y se encargó de recordarlas: la primera, prolijada en la sentencia del 12 de junio de 2003 en la actuación con radicado 17196, que hace énfasis en el artificio o engaño y exige que estos consistan en actos hábilmente preparados y con la capacidad suficiente de inducir a error a alguien prudente y diligente; y, la segunda, avalada en la sentencia del 27 de octubre de 2004 en la causa signada con el radicado 20926, la cual propugna que no es necesario la realización de actos exteriores de suma elucubración, en la medida que bastan las palabras mentirosas o la no mención de detalles a la víctima para hablar de engaño.

Pues bien, hasta el año 2012 (sentencia del 12 de septiembre emitida en la causa 36824), la Corte Suprema, acogiendo la doctrina de la acción a propio riesgo, privilegiaba la primera de las teorías, bajo el entendido que cuando dos personas están en igualdad de condiciones, ninguna tiene el deber de evitar el detrimento pecuniario de la otra.

¹ Sentencia del 13 de julio de 2016. Radicado 42548.

Ello parecería darle la razón al recurrente en la medida que este expone que el delito de estafa no está previsto para proteger al contratante imprudente, sino fuera porque este criterio fue superado en la decisión del 13 de julio de 2016 antes citada en un caso muy similar a este en el cual se realizó una promesa de compraventa de un inmueble en el que la vendedora no ostentaba el derecho de dominio y manifestó lo contrario a la compradora, quien como consecuencia entregó una suma de dinero bajo la expectativa de adquirir la casa objeto del negocio jurídico, lo cual nunca acaeció.

En aquella oportunidad expresó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“No obstante, la Sala estima oportuno reconsiderar tal criterio frente a este caso concreto, pues la acción a propio riesgo se edifica en el mismo a partir de reprochar al sujeto pasivo el no uso de mecanismos de autoprotección en orden a evitar el menoscabo a su patrimonio económico, con lo cual se le introduce al delito de estafa una exigencia totalmente extraña a su estructura típica, que se limita a describir una conducta de acción traducida en la obtención de un provecho ilícito, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, sin que entonces sean de su esencia comportamientos de carácter omisivo.

En otras palabras, tiene como eje fundamental la realización de actos positivos por parte de quienes constituyen los extremos de la conducta típica. Es así como, cuando se trata de negocios jurídicos, la actuación del sujeto pasivo consiste en intervenir en el acuerdo de voluntades, en suscribir luego el respectivo contrato y, finalmente, en desprenderse de su patrimonio económico, producto de la inducción en error de que es objeto en virtud de las maniobras engañosas del agente. De tal suerte que constituye un equívoco introducir al tipo penal de estafa acciones indiligentes o negligentes, que no son propias de su naturaleza descriptiva.

Ahora bien, es cierto que, como se señaló en la sentencia del 10 de junio de 2008 citada en precedencia, actualmente nuestro

país, a diferencia de lo que ocurría en pasadas épocas, tiene un mayor nivel educación, situación que ha hecho que el Estado deje atrás de manera gradual aquellos períodos de acentuado proteccionismo para pasar a fases donde se ofrece una mayor libertad de interacción de las personas.

Sin embargo, esa libertad privada no puede extenderse hasta el punto de permitir el engaño y el fraude en las relaciones contractuales. Si una de las partes acude a ese tipo de maniobras y con ello afecta el patrimonio económico de otro, comportamientos de esa naturaleza trascienden el ámbito meramente particular y en tal evento el Estado está obligado a sancionarlos penalmente”.

Mutatis mutandis es esa la situación de este caso, pues el procesado mintió a la víctima cuando le expresó que el apartamento que vendía era de su propiedad y estaba libre de gravámenes y de limitaciones al dominio, entre ellas embargos judiciales, declaración que también plasmó en la promesa de compraventa a través de la cláusula tercera del contrato de promesa de compraventa (folio 74).

Además, encuentra la Sala que pueden catalogarse como actos engañosos por parte del procesado que le haya entregado las llaves del apartamento a la víctima y le permitiera a este realizar unos arreglos en él, pues así le hacía creer que el sí tenía la posibilidad de disponer libremente del inmueble.

En punto a la discusión que puede generarse en cuanto a la idoneidad del engaño, la Sala también estima que ese aspecto debe valorarse de cara a las capacidades del ofendido, pues ese elemento es el que conlleva al agente, en una perspectiva *ex ante*, a idear cómo va a engañar a su víctima para obtener el resultado que prevé; es decir, es la inteligencia o los saberes del sujeto pasivo, los que le indican al agente si para llevarlo a un error, debe realizar un ardid muy elaborado o si basta uno sencillo como la omisión de información o el suministro de una errada.

En ese sentido, considera la Sala que Diego Javier Vélez Yepes estimó que diciéndole a David Rey Mercado que el apartamento era suyo, que sobre él no pesaba ningún gravamen y plasmando ello en una promesa de

compraventa formal y, además, entregándole las llaves para que este pudiera entrar al inmueble y disponer de él, lograba que Rey Mercado creyera que efectivamente estaba adquiriendo el inmueble, si se tiene en cuenta que la víctima solo cuenta con estudios de bachillerato y se desempeña como vigilante, para cuyo desarrollo no necesita tener conocimientos sobre la perfección de los negocios jurídicos.

Es que al escuchar los audios, la Sala observa una fluidez verbal que denota que el procesado tiene conocimientos en torno a los negocios jurídicos y las figuras relacionadas con ellos, como que conoce de embargos, hipotecas y de los requisitos para vender, la cual contrasta con los pocos conocimientos que posee el comprador, en tanto para la fecha del contrato no sabía qué era un certificado de libertad y tradición; incluso, durante su testimonio demostró que todavía lo desconocía; de ahí que no le diera importancia a que el procesado no se lo mostrara al momento de efectuar la promesa de compraventa, pese a que él se lo pidió, no precisamente por iniciativa propia, sino porque una amiga le recomendó que lo solicitara si deseaba comprar.

De otra parte, es cierto que se trata de una negociación al amparo de la legislación civil que prevé una cláusula que regula la figura del desistimiento; pero ello no desaparece del mundo fenomenológico que para su realización medió un engaño que recayó sobre un aspecto esencial del convenio, pues es evidente que el vendedor compró con la intención de adquirir el dominio y que de haber sabido que ello no pasaría, se habría abstenido de efectuar ese negocio jurídico o, por lo menos, habría replanteado las condiciones del mismo.

Es que el asunto no es nuevo en la jurisprudencia nacional², que ha indicado al respecto que:

“2. Una de las modalidades usuales de engaño es la que se despliega a través de la celebración de un contrato revestido de legalidad, circunstancia que no descarta que se configure la estafa pese a que dichos acuerdos se rijan por el principio de buena fe, puesto que una de las partes puede inducir en error a la otra, frente a cualquiera de los elementos de la obligación, esto es, la capacidad, el consentimiento, el objeto y

² Aparte extraído de la sentencia del 9 de agosto de 2017. Radicado 44071.

la causa del contrato, artificio que se configura en el momento de su celebración con el objeto de defraudar –obtener un provecho indebido–.

(...)

Situación distinta se presenta cuando no habiendo engaño sobre los elementos del contrato, una de las partes se sustrae a su cumplimiento, lo cual sucede en una fase posterior a la contractual y puede obedecer a varias causas no necesariamente vinculadas al delito de estafa pero sí con consecuencias adversas en el ámbito civil, en tanto no siempre el incumplimiento malicioso o voluntario de una obligación comporta el delito de estafa, puesto que puede estar ausente el ánimo engañoso y fraudulento”.

De otra parte, el censor parece confundir los criterios de mala fe y dolo al tratarlos como sinónimos, lo cual es equivoco, como también lo es su afirmación en el sentido que el procesado actuó sin dolo, pues este sabía que el inmueble estaba embargado y que no podía ser enajenado en favor de la víctima, a quien mintió manifestándole lo contrario y entregándole las llaves de la puerta, de ahí que se verifiquen los elementos del dolo, pues era consciente que estaba engañando a David Rey Mercado y aun así realizó el acto.

Pero yerra aún más el censor cuando afirma que debido a la inexistencia de dolo -que no es tal- “*por lógica jurídica, no puede predicarse un lesionamiento al patrimonio económico del denunciante*”, pues confunde las categorías dogmáticas del delito, por cuanto la ausencia de dolo se traduce en la atipicidad por carencia de un ingrediente subjetivo, en tanto que la no afectación del bien jurídico es un asunto que se analiza en sede de la antijuricidad material del comportamiento.

Es que dando por superadas las imprecisiones del censor, lo cierto es que no tiene asidero que este niegue la antijuricidad del comportamiento, cuando se probó con los testimonios de la víctima y del procesado, que por disposición de este, aquel se desprendió de la suma de \$20.000.000, los cuales entregó como parte de pago de una vivienda que nunca pudo adquirir porque estaba fuera del comercio en razón al embargo que pesaba sobre ella y, no solo eso, sino que procedió a comprar materiales y contratar trabajadores para que terminaran de acondicionar el inmueble puesto que estaba en obra negra.

En ese orden de ideas, al analizar todos los reparos del censor, no encuentra la Sala ninguna incorrección en la sentencia de primera instancia, como que encuentra acertado que el funcionario haya encontrado acreditados los elementos estructurales del tipo penal de estafa, por lo que impartirá confirmación a la sentencia recurrida, sin otras consideraciones.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confirmar la sentencia apelada.

A la ejecutoria de esta sentencia, regrese la actuación al juzgado de origen y remítanse copias de la misma a las autoridades que por ley corresponda.

Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación.

Por el Magistrado Sustanciador se convocará a la audiencia de lectura de este fallo, en la que se notificará en estrados su contenido.

CÚMPLASE.

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado