



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP14549-2016

Radicación No. 46032

(Aprobado acta No. 317)

Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados **CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE** contra la sentencia de segunda instancia proferida el dieciséis de

septiembre de dos mil catorce por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por el delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La cuestión fáctica fue declarada por el Tribunal de la manera siguiente:

“Los hechos materia del presente proceso fueron denunciados el 5 de julio de 2002 por el señor Manuel Arturo Rincón Guevara –representante legal de Acociviles S.A., indicando, en primer lugar, que para el año de 1993 fue constituida la sociedad denominada Superview S.A., con el fin de explotar el servicio de televisión por suscripción que celebró con la Comisión Nacional de Televisión mediante un contrato de concesión.

Afirmó que en el año 1999 los accionistas de Superview S.A., ERICK GARCÍA DUARTE y EDUARDO GARCÍA MORENO efectuaron un contrato de cesión de acciones con el referido denunciante y con el señor LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en el que los dos primeros cedían el 25% de su participación a cada uno de los segundos, a cambio de que éstos entregaran unos dineros para obtener la respectiva licencia.

Adujo el denunciante que una vez obtenida dicha licencia, los accionistas de Superview S.A. se negaron a realizar la cesión accionaria, por lo que tuvo que adelantar varias gestiones para lograr el cumplimiento de lo acordado, consiguiendo que en diciembre del año 2000 le fueran entregadas cuarenta y cinco mil (45.000) acciones, cantidad que era equivalente al porcentaje acordado; en consecuencia Superview S.A. certificó, emitió y entregó un certificado provisional a nombre de Acociviles S.A.

Prosigue manifestando que cuando el señor LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE – quien residía en los

Estados Unidos- se enteró de la recuperación de las acciones, comisionó a Rincón Guevara para que hiciera lo mismo con las suyas. Precisó que una vez recuperados los títulos y por instrucciones de aquél, éste adquirió a su nombre y bajo la figura de mandato sin representación el porcentaje equivalente al ocho por ciento (8%), y el diecisiete por ciento (17%) a favor de Bernier International Corporation, firma de la cual BAENA RIVIERE era representante legal.

Refirió que ante la grave situación financiera por la que atravesaba Superview S.A., la asamblea de accionistas, en sesión del 4 de enero de 2001 –Acta 31-, aprobó la emisión de acciones mediante la figura de aumento de capital suscrito, por la suma de setecientos veinte millones de pesos (\$720'000.000), quedando establecidos los parámetros para su pago en el reglamento de emisión y colocación de acciones, aprobado por la Junta Directiva mediante acta N. JD-29 del 12 de enero de 2001.

Puso de presente el denunciante que luego de realizada la emisión de las acciones solicitó a BAENA RIVIERE un préstamo para la capitalización de Acociviles S.A., el cual, por intermedio de la firma de abogados Salazar & Asociados le giró la suma de cien mil dólares (U.S. \$100.000) con el fin de que pudiera efectuar dicha inversión acorde con las pautas fijadas en la referida acta No. JD-29. El anterior capital fue empleado por Superview S.A. para pagar a la Comisión Nacional de Televisión –CNTV- la licencia que les había sido otorgada.

El 15 de enero de 2001 y después de que la firma de abogados efectuara la recepción y monetización de los dólares, Rincón Guevara consignó en el Banco Bancolombia la suma de doscientos dieciséis millones de pesos (\$216'000.000), a nombre de la Comisión Nacional de Televisión, manifestando ese mismo día al señor HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ –representante legal de Superview S.A.-, su intención de capitalizar en los porcentajes en que se encontraba representado, es decir, su compañía Acociviles S.A. con un 25%, Bernier International en un 17% y Manuel Arturo Rincón Guevara –como mandatario sin representación de BAENA RIVIERE-, en un 8%.

Así las cosas, el representante legal de Superview S.A., mediante comunicación del 26 de enero de 2001, envió al señor Rincón Guevara el recibo de caja correspondiente a la cancelación del 60% de la

suscripción accionaria.

Agregó que unos meses después se volvió a realizar una emisión de acciones, adquiriendo Acociviles S.A. doscientos treinta y cinco mil quinientos noventa y seis punto cinco (235.596.5) acciones, para lo cual tuvo que consignar la suma de setenta y ocho millones quinientos sesenta y cinco mil quinientos pesos (\$78'565.500); se pactó que el saldo se sufragaría en once (11) cuotas de catorce millones doscientos ochenta y cuatro mil seiscientos treinta y seis punto cuatro pesos (\$14.284.636.4).

De acuerdo a lo anterior, el 26 de noviembre de 2001 y el 8 de abril de 2002, Rincón Guevara solicitó a CARLOS HUMBERTO ISAZA la entrega de los títulos correspondientes con ocasión de las capitalizaciones efectuadas, frente a lo cual tuvo como respuesta que “el dinero con el que pagó las acciones no era de él”, y por lo tanto una vez aclarada la situación, los funcionarios de contabilidad y tesorería con refrendación de la revisora fiscal, retuvieron los asientos contables y generaron los comprobantes correspondientes a la operación, para proceder a la emisión de los títulos accionarios a nombre de Bernier International Corporation.

Dado que no había ningún motivo legalmente válido para esa actitud asumida por el representante legal de SUPERVIEW, el señor RINCÓN formuló la denuncia que dio lugar a estos diligenciamientos.

Por estos hechos entonces fueron vinculados y acusados LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE en calidad de Representante de Bernier International Corporation, CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ Representante Legal de Superview S.A.- y MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO, quien era Revisora Fiscal de Superview S.A., como presuntos coautores del delito de Hurto agravado por la confianza y la cuantía.

1.2.- Agotada la fase correspondiente a la instrucción, por parte de la Fiscalía Ciento Cincuenta y Siete Seccional con sede en Bogotá se dispuso la clausura de dicho ciclo¹ y, después de algunas incidencias procesales que no son del

¹ Fls. 223 y ss. cno. 6

caso referir ahora, el **8 de marzo de 2011**² la Fiscalía 171 Seccional de Bogotá calificó el mérito probatorio del sumario con preclusión de la investigación respecto de todos los vinculados al proceso.

Apelada dicha determinación por el apoderado de la parte civil constituida en el proceso, el **23 de septiembre de 2011** la Fiscalía Octava Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca decidió revocarla íntegramente y en su lugar profirió resolución de acusación en contra de **CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO** como presuntos coautores responsables del delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía, conductas definidas por los artículos 23, 241.2 y 267 del Código Penal³, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta.

1.3.- La etapa de juicio fue asumida inicialmente por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá⁴, y posteriormente por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito Adjunto de esa misma ciudad⁵ (*por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 8514 del 19 de septiembre de 2011 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura*), en donde se llevaron a cabo las audiencias preparatoria⁶ y pública⁷, y **el 5 de abril de 2013 se puso fin a la instancia absolviendo a cada uno de los procesados CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, LUIS ALFREDO BAENA**

² Fls. 54 y ss. cno. 8

³ Fls. 105 y ss. cno. 10.

⁴ Fls. 8 cno. 9

⁵ Fls. 61 cno. 9

⁶ Fls. 203 cno. 8

⁷ Fls. 268 y ss. cno.8

RIVIERE y MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO de los cargos que les fueron formulados en la resolución de acusación⁸.

1.4.- Recurrida esta decisión por el apoderado de la Sociedad Acociviles S.A.⁹, reconocida como parte civil en el presente proceso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del fallo proferido el 16 de septiembre de 2014, resolvió **REVOCARLA PARCIALMENTE**, y **en su lugar CONDENAR al procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE** a treinta y siete (37) meses y diez (10) días de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, como consecuencia de declararlo **determinador** penalmente responsable del delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía de que tratan los artículos 239, 241.2 y 267 de la Ley 599 de 2000.

Asimismo, decidió **CONDENAR al procesado CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ** a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión, tras hallarlo **cómplice** penalmente responsable del delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía definido y sancionado por los artículos 30, 239, 241.2 y 267 de la Ley 599 de 2000.

En esa misma decisión el Tribunal les concedió a ambos procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y **confirmó la absolución dispuesta por la primera**

⁸ Fls. 1 y ss. cno. 13.

⁹ Fls. 214 y ss. cno. 11

instancia en favor de MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO, entre otras determinaciones, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta¹⁰.

1.5.- Contra la sentencia de segunda instancia, los defensores de los procesados CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ¹¹ y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE¹² interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem¹³ y oportunamente presentaron las correspondientes demandas, siendo admitidas por la Corte¹⁴.

2.- LAS DEMANDAS

2.1.- A nombre del procesado CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

Una vez identificados los sujetos procesales y sintetizados los hechos, la actuación procesal, y la decisión objeto del recurso, el demandante formula un cargo principal y uno subsidiario contra el fallo del Tribunal, en los que lo acusa de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho en la apreciación probatoria.

2.1.1. Cargo primero. Principal.

¹⁰ Fls. 3 y ss. cno. 1

¹¹ Fls. 229 y ss. cno. 1, y folio 1-224 cno. original 2

¹² Fls. 236 y ss. cno. 2 y folio 1- 156 cno. original 3

¹³ Fls. 283 y ss. cno. 3.

¹⁴ Fls. 63 y 64 cno. Corte.

Bajo el amparo de la causal primera, cuerpo segundo de casación, cuestiona la decisión de segundo grado por incurrir en errores de hecho en la apreciación probatoria, que los condujo a tener por existente una relación de confianza, en realidad inexistente, entre su representado y Manuel Rincón, con base en la cual, el fallador agravó el delito de hurto, vulnerando directamente los artículos 7, 232, 237 y 238 de la Ley 600 de 2000 e indirectamente, los preceptos 30, 239, y 241 de la Ley 599 de 2000.

2.1.1.2. Sostiene que el juez de segundo nivel erró al sostener que Rincón Guevara confiaba en que ISAZA RODRÍGUEZ como representante legal de Superview S.A. sería imparcial y le daría un uso adecuado a sus recursos de acuerdo a lo ordenado por la ley y los estatutos, y que esta confianza fue defraudada *pues éste se aprovechó de su posición en la compañía para alterar los registros de los accionistas y despojar a Acociviles S.A. de las acciones que legalmente había suscrito y por tanto adquirido. En otras palabras, tenía la disposición jurídica del aporte accionario y prevalido de esa condición, propia de sus funciones como representante legal, fue como bajo la connivente determinación de LUIS ALFREDO BAENA desarrollaron el suceso delictivo.*

2.1.1.3. Estima que con esta afirmación se presentó error de hecho por falso juicio de existencia, por ignorar la comunicación dirigida por CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ el 28 de diciembre de 2000 a Acociviles S.A.,

en la que no se advierte ningún tipo de amistad o de relación personal entre el Representante legal de Superview y Acociviles y que tan solo refleja la relación comercial existente entre Superview y uno de sus socios, Acociviles.

2.1.1.4. De igual modo, sostiene que se incurrió en error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad por tergiversación que recae sobre las siguientes comunicaciones:

2.1.1.4.1. De 15 de enero de 2001, enviada por CARLOS HUMBERTO ISAZA, Representante legal de Superview S.A. a Acociviles LTDA; en la que CARLOS HUMBERTO ISAZA, le informa a Acociviles que se pusieron en circulación 720.000 acciones para que fueran ofrecidas a los accionistas de la sociedad en los términos establecidos en el <<Reglamento de emisión y colocación de acciones>>, en la que no se manifiesta ninguna clase de relación personal entre CARLOS HUMBERTO ISAZA y Manuel Rincón. Igualmente advierte que dicha comunicación fue dirigida a Acociviles y no a Manuel Rincón.

2.1.1.4.2. Comunicación de 15 de enero de 2000 enviada por Manuel Arturo Rincón a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en calidad de Representante legal de Superview S.A.; en la que le indica que se notificó del reglamento de emisión y colocación de acciones y procedió, en consecuencia, a realizar los respectivos pagos, que no se hicieron a Superview S.A. por la confianza en el

representante legal de la entidad, sino porque debía realizarlos de conformidad con lo aprobado en la Junta Directiva de 12 de enero de 2001 (Acta N° JD-29).

2.1.1.4.3. Ampliaciones de denuncia rendidas por Manuel Arturo Rincón Guevara los días 5 de septiembre de 2002 y 1° de octubre de 2002, ante la Fiscalía 157 Seccional de Bogotá, en donde se refiere a CARLOS HUMBERTO ISAZA como Alberto y como Representante legal de Superview S.A., lo que le permite afirmar que entre ellos no había amistad o relación personal, lo cual se explica por cuanto su representado solo lo conoció a partir de la sesión de 20 de diciembre de 2000, fecha en la cual le fueron entregadas y liberadas las 45 mil acciones de Acociviles, pues el contrato de cesiones de Manuel Rincón y Luis Alfredo Baena Riviere fue celebrado con Erick García Moreno y Eduardo García Moreno, no con CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

2.1.1.5. Sostiene el censor que de haber sido apreciadas las pruebas anteriormente mencionadas, el Tribunal hubiese arribado a la conclusión de que entre CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y Manuel Rincón no existió ninguna relación personal que pudiera alcanzar el nivel de confianza, en razón a que su relación fue estrictamente administrativa, pues en ellas, el representante de Superview S.A., actuó conforme con sus funciones legales frente al representante legal de un socio de la empresa.

2.1.1.6. Estima que al Tribunal afirmar que entre el Representante legal de Superview S.A. y el Representante legal de Acociviles existía una relación de confianza que fue defraudada por CARLOS HUMBERTO ISAZA, condujo a que la Sala de decisión entrara en contradicción de sus propias afirmaciones y vulnerara el principio lógico de no contradicción, porque la amistad no podía agravar el delito porque Luis Alfredo Baena más allá de ser el representante legal de una de las empresas socias de Superview, carecía de alguna relación con el área contable de Superview S.A. y Manuel Rincón, para extraer de ahí el agravante <<por la confianza>>.

2.1.1.7. Del mismo modo, afirma que los delitos se agravan por la confianza en consideración a la relación sujeto activo-víctima, y no por la relación cómplice-víctima, en razón al dominio del hecho que tiene el autor, contrario al dominio sobre su participación que tiene el cómplice.

2.1.1.8. Como consecuencia de excluir el agravante de la confianza de la conducta delictiva y quedar únicamente la calificación por el delito de hurto agravado por la cuantía, el máximo de la pena a imponer es de 9 años, tiempo en el que prescribe la acción penal y teniendo en cuenta que la fecha del supuesto delito es el 19 de junio de 2001, día en el que se realizó la <<reversión contable>> y la fecha en la que se produjo la resolución de acusación, 23 de septiembre de 2011, transcurrieron 10 años, 3 meses y 4 días, término que supera los 9 meses a que hace referencia la norma, con

lo cual, para la fecha en que se profirió la resolución de acusación ya había prescrito la acción penal.

Con fundamento en lo anterior, solicita casar la sentencia y proferir el respectivo fallo de reemplazo, eliminando la confianza como agravante del delito de hurto y, como consecuencia declarar la prescripción de la acción penal.

2.1.2. Cargo segundo. Primero subsidiario.

Plantea el demandante la existencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba que llevó al Tribunal a tener por demostrada la conducta de hurto agravado por la confianza, y lo condujo a afirmar que CARLOS HUMBERTO ISAZA contribuyó a la realización de la conducta antijurídica y a tenerlo como cómplice, dejando de aplicar a su favor el principio universal de *in dubio pro reo*, en vulneración directa de los artículos 7, 232, 237 y 238 de la Ley 600 de 2000, e indirecta de los cánones 9, 30, 239, 241 y 267 de la Ley 599 de 2000.

2.1.2.1. Las pruebas en las que el censor estima que se cometieron los diferentes errores de hecho en su apreciación y valoración fueron las siguientes: Comunicación de 23 de febrero de 2001, de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Representante Legal de Superview S.A.; comunicación de 22 de mayo de 2001 de LUIS ALFREDO

BAENA RIVIERE a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Representante legal de Superview S.A., en las que recae error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, por cuanto por medio de ellas se advierte que Bernier International Corporation le aclara a Superview S.A. que ya pagó el 100% de su capitalización, y para el efecto le indica que consignó a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión la suma de 216'000.000.00, la cual se monetizó y registró como inversión extranjera y para el efecto solicita la expedición de la respectiva certificación contable, sin que se advierta que LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE le esté solicitando a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ alguna <<contribución>> para que éste realice una conducta antijurídica.

2.1.2.2. En cuanto a la declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez, en audiencia pública de 19 de junio de 2012 ante el Juez Veintiuno Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, según el demandante se presenta error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, toda vez que en ella se advierte que la relación entre Bernier International Corporation y Superview S.A., fue estrictamente administrativa y desmiente la afirmación del Tribunal respecto a que la manera de actuar del representante legal de Superview S.A. ponía de manifiesto su confabulación, acuerdo o coparticipación con Baena para consumar el acto de apoderamiento de las acciones suscritas de propiedad de Acociviles S.,A., por medio de

movimientos contables que permitieron acrecentar la participación accionaria de Bernier International.

Con estos errores, el recurrente considera que se demuestra que entre LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en representación de Bernier International Corporation y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ en representación de Superview S.A., no existieron <<contractos>> tendientes a <<consumar el acto de apoderamiento de las acciones suscritas de propiedad de Acociviles S.A.>>, ni <<sofisticas peticiones>>, sino comunicaciones institucionales y administrativas en las que Bernier International Corporation le explicaba a Superview S.A., la manera como había pagado el 100% de la capitalización, para que se hicieran las aclaraciones del caso, en razón a que Superview le estaba cobrando \$73´440.000, a pesar de que Bernier, había nacionalizado y pagado \$216´000.000 para ese proceso, con lo cual se ha debido producir pronunciamiento absolutorio.

2.1.2.3. Del mismo modo, el impugnante considera que el Tribunal confundió la participación de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE como autor y determinador, yerro que necesariamente repercutió en la acción u omisión de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ como cómplice, señalando que el *ad quem* en la parte resolutive de la sentencia, no dijo nada sobre la calidad en la que éste fue condenado, aunque de acuerdo en lo indicado en la parte

considerativa se entiende que la condena se realiza en calidad de cómplice.

2.1.2.4. Comunicación enviada por el Representante legal de Superview S.A. a la Revisora Fiscal, de 14 de junio de 2001; y comunicación enviada a la Contadora de Superview S.A., Gloria Rodríguez, de 14 de junio de 2001, respecto de las cuales, en opinión del demandante, se incurre en error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, pues con ellas se demuestra que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en su calidad de Representante legal de Superview S.A., frente a las reclamaciones y observaciones del Representante legal de International Corporation se limitó a solicitarle que se <<revisaran>> los asientos contables, y no a que se <<reversaran>>, los asientos contables efectuados con base en la consignación que por la suma de \$216'000.000 realizó Manuel Rincón en la cuenta de la Comisión Nacional de Televisión, y no le exigió a la contadora ni a la revisora fiscal que realizara algún acto contrario a sus deberes funcionales, ni las presionó, ni las amenazó para el efecto, como no se valió de su condición o cargo, puesto que estaban actuando con base en sus funciones.

2.1.2.5. Comunicación de 14 de junio de 2001 de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en cuya apreciación se incurre en error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, por cuanto demuestra que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ

dio respuesta a las observaciones y reclamaciones de esa sociedad y le informó la manera como estaba procediendo la administración de Superview S.A., frente a su petición, de acuerdo con las normas legales vigentes y con las pruebas obrantes para el efecto y nada más.

2.1.2.6. Comunicación de la Revisora Fiscal de Superview S.A., Martha Liliana Guevara, al Representante legal de Superview S.A., de 22 de junio de 2001; nota de contabilidad de 19 de junio de 2001; certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A. de 29 de junio de 2001; en las que se incurre en error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, pues con ellas se demuestra que la nota de contabilidad de 19 de junio de 2001 y la certificación de la Revisora Fiscal de 29 de junio de 2001, fueron emitidas por sus titulares de acuerdo con la naturaleza de sus funciones y sin que en ellas se advierta algún tipo de presión por parte de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

2.1.2.6.1. En la primera misiva la Revisora Fiscal le está comunicando y certificando al Representante Legal de Superview S.A., que los registros contables realizados el día 15 de enero de 2001, con los recibos de caja No. 001 a nombre de Acociviles S.A. y No. 002 del señor Manuel Rincón por las sumas de \$108´000.000 y 34´560.000, fueron reversados como consta en la nota contable N° 004 de 19 de junio de 2001, sin que en la comunicación se advierta que haya existido presión para hacer esta

operación, sino el cumplimiento de los deberes de las contadoras de Superview S.A.

2.1.2.6.2. Por su parte, la nota de contabilidad es el resultado del estudio realizado por la contadora, que sirvió de base a la respuesta de la Revisora Fiscal de 22 de junio y de la certificación que expidió la Revisora Fiscal el 29 de junio de 2001, en las que tampoco se observa la existencia de algún tipo de presión.

2.1.2.6.3. Ahora bien, la certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A. de 29 de junio de 2001 fue expedida, en opinión del demandante, en cumplimiento de sus obligaciones legales, sin que pueda decirse que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ la presionó o abusó de su cargo y funciones.

Igualmente sostiene que al considerar el Tribunal que la actuación de la Revisora Fiscal encaja en la teoría de los <<actos neutrales>>, en realidad hace referencia a la teoría de Roxin respecto a las estructuras de poder organizado que tiene que ver con los aparatos estatales en los que el ejecutor instrumental puede ser reemplazado indefinidamente sin que ello afecte el cumplimiento de la orden, teoría que no es aplicable al caso del cómplice, sino a las actuaciones de los autores mediatos frente a los ejecutores instrumentales.

Así mismo, indica que la institución de la Revisoría Fiscal en la sociedad anónima no es una figura decorativa, como lo entiende el Tribunal, ni puede ser quitada o puesta al antojo del Representante legal de turno para que obedezca lo que éste le pida de manera arbitraria o abusiva, pues según el artículo 210 del Decreto 410 de 1971, éste solo está bajo la dependencia de la asamblea o junta de socios.

2.1.2.7. Declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez, en donde fue claro en señalar que la decisión de revertir la inscripción la tomó la contadora Gloria Rodríguez y la revisora Fiscal Martha Liliana Guevara, reversión que se realizó cumpliendo todos los requisitos legales.

2.1.2.8. Indagatoria rendida por Martha Liliana Guevara Gallego el 25 de noviembre de 2004, rendida ante el Fiscal 157 de la Unidad Sexta de Fe Pública y Patrimonio Económico, en la que señaló que para la <<corrección de asientos contables>> actuó de conformidad con la ley, consecuente con lo cual el 29 de junio de 2001 expidió la respectiva certificación sobre la situación de Bernier International Corporation.

2.1.2.9. Declaración rendida por la Contadora Olga Beatriz Talero Escobar el 9 de octubre de 2012, en la que, en sentir del recurrente, se presenta error de hecho por falso juicio de existencia por <<ignoración>>, con la que se demuestra que la nota de contabilidad de 19 de junio de 2001 y la

certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A. de 29 de junio de 2001, fueron emitidas por sus titulares de acuerdo con la naturaleza de sus funciones, sin que en ellas existiera algún tipo de presión por parte de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

Indica el censor que, por medio de estas comunicaciones se evidencia que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, claramente le solicitó a la contadora que procediera a <<revisar>>, no a <<reversar>> la situación referida a los asientos contables efectuados con base en la consignación que por la suma de \$216'000.000 realizó Manuel Rincón en la cuenta de la Comisión Nacional de Televisión, y no le exigió a la contadora que realizara algún acto contrario a sus deberes funcionales, ni la presionó, ni la amenazó para el efecto, como no se valió de su condición o cargo, puesto que estaba actuando con base en sus funciones.

2.1.3.10. Del mismo modo, sostiene el censor la existencia de errores que recaen en diversos medios de prueba, que conllevaron al Tribunal a afirmar que su representado, aprovechando su posición de Representante Legal de Superview S.A., y después de haber realizado contactos con Baena, procedió con fundamento exclusivo en sus requerimientos, y sin que existiera permiso de autoridad judicial o justificación legal, a solicitar de la Contadora, así como de la Revisora Fiscal, que procedieran a revisar la situación referida a los asientos contables efectuados con base en la consignación que por la suma de \$216'000.000

efectuó Salazar & Asociados, asientos contables en los que se reconocían los derechos accionarios de Acociviles S.A. y los cuales después de ser reversados mediante la nota contable No. 4, disminuyeron ostensiblemente su porcentaje, acrecentando el de Bernier International Corporation.

De ello, sostiene el casacionista, el juez de segundo nivel derivó el accionar doloso de su representado, puesto que no contaba ni con orden judicial no con los soportes requeridos para realizar la reversión contable y con ello reducir la participación accionaria de Acociviles S.A., aunado a que las acciones legalmente correspondían a quien había aceptado la oferta, las había suscrito y pagado que fue Rincón Guevara.

Igualmente dedujo que los movimientos contables que permitieron acrecentar la participación accionaria de Bernier International, puso de manifiesto su confabulación con Baena para consumir el apoderamiento de las acciones suscritas de propiedad de Acociviles S.A.

Los errores argüidos por el censor son los siguientes:

2.1.3.10.1. Error de hecho por falso juicio de identidad que recae sobre los siguientes medios de prueba:

2.1.3.10.1.1. Comunicación del 28 de mayo de 2001 enviada por la firma Salazar & Asociados Abogados LTDA.,

a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRIGUEZ, en su calidad de Representante legal de Superview S.A., en la que se señala que la firma de Abogados Salazar & Asociados recibió US\$100.000.00, equivalentes a \$224.000.000.00, de Bernier International Corporation como inversión extranjera para consignar a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión.

2.1.3.10.1.2. Informe de la firma Salazar & Asociados Abogados LTDA., del 5 de junio de 2001 a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Representante Legal de Superview S.A.; en la que señala que la firma de abogados Salazar & Asociados recibió US100.000.oo, equivalentes a \$224'000.000.oo de Bernier International Corporation como inversión extranjera para consignar a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión.

Como soporte a las respuestas de la oficina Salazar & Asociados Abogados Ltda. el impugnante enuncia que obran los siguientes:

Comunicación enviada por conducto de Danny Berggrun, de la oficina Salazar & Asociados Abogados Ltda. al Banco de Colombia, el 15 de enero de 2001, en la que le solicitó al Banco que le pagara la suma monetizada por valor de \$216'000.000.oo a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión.

Esta comunicación tiene los siguientes documentos anexos:

Formulario No. 4, de Bancolombia, correspondiente a la "Declaración de cambio por inversiones internacionales" en el que el declarante Manuel Rincón bajo la gravedad del

juramento reconoce que el inversionista es Bernier International Corporation y que el destinatario de la inversión es Superview S.A. y donde Manuel Rincón reconoce que él fue el encargado de hacer la consignación.

Igualmente repara que en este documento se encuentra la inscripción de registro único tributario, en donde se sigue reconociendo a Bernier International Corporation

Cheque CQ011416 de Bancolombia, de fecha de fecha 2001, 01, 15, por valor de \$216'000.000.00 a nombre de: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, firmado por DANNY BERGGRUN.

Consignación en cheque No. 26300927 y la comunicación de Salazar & Asociados Abogados Ltda. dirigida a Bancolombia el 15 de enero de 2001, en la que se indica que el número de la cuenta en la que se realizó la consignación es el 126056650-29 a nombre de la CNTV, con el cheque No. 011416, del banco 07, por valor de \$216.000.000, el 15 de enero de 2001, de la que aduce el demandante que si bien la consignación se realizó a nombre de CNTV, era de Superview S.A. y que el encargado de realizarla fue Manuel Arturo Rincón Guevara en el 2001.

Desde la perspectiva del recurrente, estos documentos demuestran que la oficina Salazar & Asociados, luego de monetizar los US\$100.000,00, equivalentes a \$224.000.000,00, de Bernier International Corporation, realizó los tramites respectivos para que se realizara la consignación a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión.

2.1.3.10.1.3. Declaración de Juan Carlos Salazar del 24 de agosto de 2009 rendida ante el Fiscal Seccional 171 de Bogotá, en la que ratifica que la firma de Abogados Salazar & Asociados recibió US\$100.000.00, equivalentes a \$224.000.000,00, de Bernier International Corporation, como inversión extranjera para consignar a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión para capitalizar en Superview S.A.

2.1.3.10.1.4. Declaración de Juan Carlos Salazar del 31 de agosto de 2009 ante el Fiscal 171 seccional de Bogotá, donde reitera que su oficina fue la encargada de realizar la monetización de los US\$100.000,00, (equivalentes a \$224.000.000,00) de Bernier International Corporation, y que esos US\$100.000,00 constituían una inversión extranjera de esa empresa en Superview S.A., y así tenía que verse, no como préstamo, pues Bernier International Corporation, por no ser una entidad financiera, no podía hacer préstamos.

2.1.3.10.1.5. Declaración rendida por Juan Carlos Salazar Torres en audiencia pública el 19 de junio de 2012, ante el Juez Veintiuno Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, en la que ratifica que los US\$100.000.000.00, equivalentes a \$224.000.000.00, de Bernier International Corporation, los monetizó su oficina, y tenían que verse como inversión extranjera y no como préstamo, pues Bernier International Corporation, por no ser una entidad financiera, no podía hacer préstamos.

Además, señala que Manuel Rincón, para estos efectos se presentaba como <<representante de LUIS ALFREDO BAENA>>,

por lo que su condición no podía verse de una manera diferente a la de un intermediario.

2.1.3.10.1.6. Declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez en la audiencia pública de 19 de junio de 2012 ante el Juez Veintiuno Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, en la que fue claro en señalar que luego de analizar los diferentes documentos entregados por Luis Baena y por la oficina de Abogados Salazar & Asociados Ltda., llegaron a la conclusión de que los \$216'000.000.00 que se consignaron a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión, eran de Bernier International Corporation, y por eso la contadora realizó la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993].

Considera el libelista que las anteriores pruebas demuestran que Superview S.A. sí contaba con las pruebas requeridas para realizar la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] frente a Acociviles, como consta en la nota contable No. 004 del 19 de junio de 2001, con la cual se realizó el asiento correcto a nombre de Bernier International Corporation, y en tales condiciones, tampoco requería una orden judicial previa para realizar dicho procedimiento y por ello tal trámite contable se ajustó a derecho.

2.1.3.10.2. Error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia por <<ignoración>> de medios probatorios que recaen sobre:

2.1.3.10.2.1. Indagatoria rendida por Martha Liliana Guevara Gallego, del 25 de noviembre de 2004 rendida

ante el Fiscal Ciento Cincuenta y Siete de la Unidad Sexta de Fe Pública y Patrimonio Económico, en la que es clara al señalar que luego de analizar los diferentes documentos entregados por Luis Baena y por la oficina Salazar & Asociados llegó a la conclusión de que los \$216'000.000.00 que se consignaron a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión, eran de Bernier International Corporation, y por eso le sugirió a la contadora que realizara la <<corrección de los asientos contables>>.

2.1.3.10.2.2. Declaración rendida por la Contadora Olga Beatriz Talero Escobar el 9 de octubre de 2012 en audiencia pública ante el Juez Veintiuno Penal del Circuito Adjunto de Bogotá, en la que señala que realizó la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] con base en las pruebas existentes para el efecto, es decir las suministradas por Luis Baena y por la oficina de Abogados Salazar & Asociados.

Con los anteriores elementos de conocimiento, sostiene el libelista, lo que se demuestra es que Superview S.A. sí tenía con las pruebas requeridas para realizar la <<corrección asientos contables>> frente a Acociviles, como consta en la nota contable 004 de 19 de junio de 2001, con la cual se realizó el asiento correcto a nombre de Bernier International Corporation, y en tales condiciones, tampoco requería una orden judicial previa para realizar dicho procedimiento, y por ello tal trámite contable se ajustó a derecho. Aún más, estima que el Tribunal debió reconocer que Superview S.A. tenía el deber legal de hacer la <<corrección de asientos contables>>, para reflejar en la contabilidad lo que aparecía en Bancolombia y en el Banco

de la República, para lo cual contaba con las pruebas requeridas para realizarlo.

Por tal motivo, las conclusiones del Tribunal son equivocadas en lo que se refiere a que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ aprovechó su posición de Representante Legal de Superview S.A. y que con fundamento exclusivo en los requerimientos de BAENA, sin contar con los soportes requeridos para el efecto, procedió a ejecutar la reversión contable, cuando quien la realizó fue la contadora con el aval de la Revisora Fiscal, funcionarias, que para efectuar esta <<corrección asientos contables>>, analizaron las pruebas obrantes en la actuación, las cuales les permitieron concluir que los \$216'000.000.00 consignados a órdenes de la Comisión Nacional de Televisión, por la oficina Salazar & Asociados LTDA., eran de Bernier International Corporation, no de Acociviles, ni de Manuel Rincón.

Que la Contadora luego de conocer: i) el poder otorgado por Luis Alfredo Baena Riviere, en representación legal de Bernier International Corporation a Manuel Arturo Rincón Guevara; ii) la comunicación de Manuel Arturo Rincón a Luis Alfredo Baena de 26 de enero de 2001 y; iii) los informes de la firma de abogados Salazar & Asociados LTDA.; el Formulario N° 4 de Bancolombia, la inscripción en el Registro Único Tributario; el cheque No. CQ011416 de Bancolombia, documento de consignación en cheques únicamente No. 26300927, procedió a reversar los asientos contables, con lo cual dio respuesta a las quejas y aclaraciones ofrecidas por el Representante Legal de Bernier International Corporation, socio de Superview S.A., sobre la manera cómo esta persona jurídica había cumplido

con el proceso de capitalización dispuesto en la Asamblea General Universal de Accionistas de Superview S.A. de 4 de enero de 2001.

Resalta en apoyo de sus argumentos, el hecho que los cien mil dólares girados por Bernier International Corporation a la firma Salazar & Asociados LTDA. para su monetización, los declaró el propio denunciante como inversión extranjera de Bernier International Corporation según aparece en el Formulario No. 4 de Bancolombia, y fue reportado por esta entidad al Banco de la República, sumas éstas que Bernier International Corporation no podía prestar a ninguna persona natural o jurídica, pues, como lo afirmara el abogado de Manuel Rincón, de acuerdo con lo establecido en la legislación colombiana, no se permitía que una empresa que no tuviera las características de entidad financiera y/o de crédito pudiera prestar dinero.

En lo relacionado con la existencia de una orden de autoridad judicial competente para realizar la <<reversión contable>>, sostiene que está claro que tal exigencia no forma parte del ordenamiento legal colombiano tal y como lo establece el Decreto 2649 de 1993 (Diciembre 29) <<Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia>>.

Lo que en realidad ocurre es que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confunde <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] con <<sustitución>> o <<modificación>> de títulos valores, la cual sí requiere de orden judicial.

Sostiene que el Tribunal desconoce el principio de no contradicción de doble manera: primero porque en lo relacionado con la <<reversión contable>> que se hizo a nombre de Manuel Rincón en reemplazo de Bernier International Corporation, no exigió tal orden judicial previa, sino que el poder otorgado por el Representante Legal a Manuel Rincón fue suficiente para el efecto, en cambio, tratándose de la <<reversión contable>> a nombre de Acociviles en reemplazo de Bernier International Corporation, exigió tal orden judicial previa. Segundo, porque reconoce que hubo una inversión extranjera en cabeza de Bernier International Corporation, pero a la hora de darle validez probatoria a los documentos que la soportan para reconocerlo como inversionista, y en tales condiciones, para que se realice la "reversión contable" en su nombre, le niega tal calidad, y a los documentos que la soportan les niega el carácter de soportes contables para el efecto.

2.1.3.10.3. Error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, que de no haberse cometido, hubiese dado lugar a reconocer que Bernier International Corporation, como inversionista extranjero, al realizar el giro de divisas, se sometió al cumplimiento de todas las exigencias del sistema cambiario. El error, en su opinión, recae sobre distintos medios probatorios así:

2.1.3.10.3.1. Declaración rendida por Manuel Rincón el 28 de agosto de 2003 ante el Fiscal Ciento Cincuenta y Siete de la Unidad Sexta de Fe Pública y Patrimonio Económico, en la que sobre los \$216'000.000.00 advirtió que fue el denunciante quien llamó a Luis Alfredo Baena para decirle

cuánto era lo que Bernier International Corporation debía enviar para realizar la capitalización en Superview S.A.

2.1.3.10.3.2. Formulario No. 4 de Bancolombia, en donde resulta claro que el inversionista es Bernier International Corporation, como lo declaró Manuel Rincón.

2.1.3.10.3.3. Comunicación de 15 de enero de 2000, bajo el entendido de que se trata de 2001, por cuanto la asamblea se realizó el 4 de enero de 2001, en donde se demuestra que el pago de \$216'000.000.00 se realizó, dejando claro que el formulario N°. 4 cumplió con todos sus efectos legales.

2.1.3.10.3.4. Declaración rendida por Juan Carlos Salazar Torres el 24 de agosto de 2009, en la que señala la importancia que el formulario N° 4 tiene en la normatividad colombiana para efectos de declarar una operación cambiaria cuando se negocian divisas y que demuestra que al Banco de la República se reportó que la inversión realizada en Superview S.A., lo fue por Bernier International Corporation como titular de dicha inversión.

2.1.3.10.3.5. Declaración rendida por Juan Carlos Salazar Torres en la audiencia pública de 19 de junio de 2012, en donde reitera la importancia que tiene en la normatividad colombiana el Formulario N°. 4 a efectos de declarar una operación bancaria cuando se negocian divisas y reafirma que su oficina fue la encargada de realizar la monetización y de girar el respectivo cheque.

Para el censor, el Tribunal ha debido reconocer las siguientes decisiones administrativas:

2.1.3.10.3.5.1. Decisión de la Superintendencia de Sociedades. Radicación 3003-01-015540. Trámite: estudio de irregularidades en la suscripción de acciones. Asunto: Solicitud de medida administrativa para la sociedad Superview S.A. Fecha: 2003/02/05, enviada por la Coordinadora del Grupo Análisis Jurídico (e), Martha Yolanda Maldonado Rodríguez a Manuel Arturo Rincón Guevara, en la que luego de una investigación concluyó que *«no existió irregularidad alguna en la suscripción de las acciones (Acta No. 29 de la junta directiva del 12 de enero de 20011), por lo cual esta Superintendencia, en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 11 del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, no procederá a impartir ninguna orden a la sociedad relacionada en la suscripción. No obstante lo expuesto se considera pertinente señalar que la confusión se originó fue en el pago de las mismas efectuadas por el señor MANUEL ARTURO RINCÓN, en su calidad de representante legal de ACOCIVILES S.A., y como mandatario sin representación de la firma BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION, con dineros provenientes de la firma BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION, conflicto éste que es de competencia exclusiva de la justicia ordinaria»*.

2.1.3.10.3.5.2. Decisión del Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control. en la que reconoce la importancia del Formulario No. 4, y destaca lo que la Sala de Decisión Penal del Tribunal no vio de esta declaración, esto es, que el inversionista es Bernier International Corporation.

Además desconoció el principio de no contradicción, al afirmar que hubo una inversión extranjera en cabeza de Bernier International Corporation *-la cual se surtió con el*

Formulario No. 4- por conducto de Manuel Rincón, pero al darle validez probatoria, la niega, al igual que ocurre al reconocer tal formulario y demás documentos que lo acompañan, como soportes requeridos para realizar la <<reversión contable>> en nombre de Bernier International Corporation.

2.1.3.10.4. Para el censor el juez de segundo nivel incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación respecto de las siguientes pruebas: Comunicación del 22 de junio de 2001, enviada por la Revisora Fiscal de Superview S.A., Martha Liliana Guevara, a Carlos Humberto Isaza, Gerente de Superview S.A.; Nota de contabilidad del 19 de junio de 2001; Certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A., del 29 de junio de 2001; Acta No. 34 correspondiente a la Asamblea de Accionistas extraordinaria del 9 de noviembre de 2001 de Superview S.A.. Y, error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia por <<ignoración>> de las declaraciones rendidas por Olga Beatriz Talero Escobar y Luis Fernando Salazar Vélez, así como de la indagatoria de Martha Liliana Guevara Gallego.

2.1.3.10.4.1. Comunicación del 22 de junio de 2001, enviada por la Revisora Fiscal de Superview S.A., Martha Liliana Guevara, a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Gerente de Superview S.A., en la que certifica que mediante nota contable N°. 004 de 19 de junio de 2001 fueron reversados los registros realizados el 15 de enero de 2001, y se efectuó el asiento correcto a nombre de Bernier

International Corporation, con fundamento en las pruebas requeridas para el efecto por la ley.

2.1.3.10.4.2. Nota de contabilidad No. 04 del 19 de junio de 2001, a la que hace referencia la Revisora Fiscal, mediante la cual la Contadora de Superview S.A. Olga Beatriz Talero Escobar, realizó la <<reversión contable>>.

2.1.3.10.4.3. Declaración rendida por la Contadora de Superview S.A. Olga Beatriz Talero Escobar, en la que señaló que realizó la <<reversión contable>> con base en las pruebas y en las normas existentes para el efecto.

2.1.3.10.4.4. Certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A., del 29 de junio de 2001, en la que se indica que la inversión de Bernier International Corporation se realizó de acuerdo con las normas legales existentes para el efecto.

2.1.3.10.4.5. Declaración de indagatoria rendida por la Revisora Fiscal Martha Liliana Guevara Gallego, el 25 de noviembre de 2004, en la que explica que con base en las pruebas existentes para el efecto, le sugirió a la Contadora realizar la capitalización del dinero monetizado por la oficina Salazar & Abogados LTDA., a nombre de Bernier International Corporation.

2.1.3.10.4.6. Declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez, en la que reitera que fue la Contadora, en

atención a sus funciones y con fundamento en los soportes existentes para el efecto, la persona encargada de realizar la <<reversión contable>>.

2.1.3.10.4.7. Acta No. 34 correspondiente a la Asamblea de Accionistas extraordinaria del 9 de noviembre de 2001 de Superview S.A., en la que se aprobó el ajuste del quórum, que demuestra que el reajuste de la composición accionaria en Superview S.A. lo realizó la Asamblea General de Accionistas y que Carlos Humberto Isaza no es socio de Superview S.A., por lo que él no aprobó tal ajuste accionario, no obstante que éste se realizó de acuerdo con lo establecido en las normas legales existentes para el efecto.

Para el impugnante, de haber sido apreciadas correctamente las pruebas anteriormente relacionadas, hubiese llegado a la conclusión que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ no tuvo ninguna injerencia, ni incidencia en la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993], ni en los procesos que le siguieron, ya que tales pruebas demuestran que fue la Contadora de Superview S.A., la persona encargada de realizarla, para ser luego aprobada por la Revisora Fiscal y seguidamente, por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Superview S.A., debiendo, en consecuencia, proferir fallo absolutorio a favor de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, pues lo único que hizo fue poner en conocimiento de la Contadora y de la Revisora Fiscal de Superview S.A., las quejas y aclaraciones ofrecidas por el Representante Legal de la sociedad Bernier International Corporation, socio de Superview, sobre la manera como ésta había cumplido con el proceso de capitalización

dispuesto en la Asamblea General Universal de Accionistas de Superview S.A. del 4 de enero de 2001 y, en el mismo sentido, desconoció que frente al reajuste del quórum aprobado en la Asamblea de Accionistas extraordinaria del 9 de noviembre de 2001 de Superview S.A. (Acta No. 34), lo único que hizo Carlos Humberto Isaza Rodríguez fue convocar a dicha Asamblea.

Y frente al error de hecho que se presenta por <<ignoración>> de medios de conocimiento, expresa el recurrente que el juez de segundo grado desconoció por completo las declaraciones relacionadas, pues los declarantes son contestes en señalar que la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] cumplió con las normas contables vigentes para el efecto.

2.1.3.10.5. Error de hecho por falso juicio de existencia por <<ignoración>> de pruebas que recae sobre:

2.1.3.10.5.1. Comunicación del 15 de enero de 2001 enviada por Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Representante legal de Superview S.A. a Acociviles LTDA; en la que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, le informa a Acociviles que va a <<emitir los títulos provisionales correspondientes a montos de las suscripciones, los cuales serán cambiados por títulos definitivos que se inscribirán en el libro correspondiente, una vez se obtenga de la CNTV la autorización de cambio de composición accionaria que permitió el acceso de los nuevos accionistas>>.

2.1.3.10.5.2. Libro de Accionistas a nombre de Manuel Rincón, de quien señala el recurrente que antes de que fuera reconocido como mandatario de Bernier International Corporation, tal y como lo aceptó el Tribunal Superior de Bogotá, figuraba como socio y aclara que no le expidió ningún título de acciones a Manuel Rincón porque él no fue socio de Superview sino mandatario sin representación de Bernier International Corporation.

2.1.3.10.5.3. Libro de accionistas a nombre de Acociviles S.A., en que se advierte que el único título de acciones que se había expedido a nombre de Acociviles era el provisional No. A-007 del 20 de diciembre de 2000, el cual, con base en la Resolución 786 del 22 de octubre de 2001 de la Comisión Nacional de Televisión, fue reemplazado por el título de acciones No. A-024 del 29 de abril de 2002, con lo cual se evidencia que en ningún momento se <<*sustituyeron*>>, ni <<*modificaron*>> los títulos valores que se encontraban en <<*cabeza*>> de Acociviles.

2.1.3.10.5.4. Declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez, rendida en la audiencia pública celebrada el 19 de junio de 2012 en la que explicó que en una capitalización como la realizada en Superview S.A. el libro de registro de accionistas depende de los registros contables y por eso al realizar la <<*reversión contable*>> se tenían que hacer las respectivas anotaciones en el libro de registro de accionistas, sin que ello constituyera delito.

2.1.3.10.5.5. Diligencia de indagatoria rendida por Martha Liliana Guevara Gallego, Revisora Fiscal de Superview S.A.; en la que además de indicar que la <<*reversión contable*>> se

realizó con base en las pruebas existentes para el efecto, de acuerdo con la normatividad que regula la materia, aclaró que dicho procedimiento necesariamente afectaba la composición accionaria, sin que ello constituyera un delito.

2.1.3.10.5.6. Declaración rendida por Olga Beatriz Talero Escobar, en la que la Contadora de Superview S.A. señala que al advertir que los dineros consignados en la cuenta de la Comisión Nacional de Televisión, luego de conocer el formulario No. 4, tenía que dejar en los libros contables la misma información que aparecía en el Banco de la República, y por eso realizó la <<corrección asientos contables>>.

2.1.3.10.5.6. Declaración rendida por el perito José Antonio Fonseca, en la que es claro en señalar que los registros contables realizados en Superview S.A., se ajustaron a los procedimientos contables exigidos para el efecto. Igualmente sostuvo que <<acata>> las decisiones de la Superintendencia, y en ese sentido es claro en señalar que se acoge a lo que ella señaló, cuando se pronunció frente a la manera cómo Superview S.A. adelantó la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] frente a la cual no hizo ningún reparo, en la medida que este proceso contable se ajustó a las normas contables.

En lo referente al tema del préstamo, el impugnante sostiene que está claro que éste constituye parte del problema planteado en este proceso, sobre el cual debe pronunciarse la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, y del que, en atención al sistema cambiario y financiero, dice no existió.

2.1.3.10.5.7. Dictamen contable rendido por Isidoro Arévalo Buitrago, en el que señaló que los documentos con los que se realizó la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] son idóneos, conducentes y pertinentes para el efecto.

2.1.3.10.6. Igualmente sostiene la existencia de error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación, que recae sobre el libro de registro de accionistas de Superview S.A.

Según el impugnante, estos yerros condujeron a que el Tribunal afirmara que a pesar de la negociación accionaria entre Superview S.A y Acociviles S.A., y de la existencia de dicho registro en el correspondiente libro, el procesado ISAZA RODRIGUEZ, -Representante legal de Superview S.A.-, procedió de manera unilateral y sin que mediara orden de autoridad competente, a sustituir o modificar los títulos valores en cabeza de Acociviles S.A., en una clara <<apropiación>>, apoderamiento indebido de unas acciones nominativas, pues los representantes legales de las sociedades comerciales no podrán negarse a efectuar las inscripciones en el libro de registro de acciones, sino por orden de autoridad competente, por lo que una cancelación en dicho libro de manera unilateral se traduce en una negativa a efectuar la inscripción derivada del contrato de suscripción de acciones.

Igualmente, el error en que se incurrió provocó que el Tribunal estimara evidente el accionar doloso de ISAZA RODRIGUEZ, pues no contó ni con la orden judicial ni con los soportes requeridos para realizar la reversión contable y de contera reducir la participación accionaria de Acociviles S.A., acrecentando como consecuencia la de Bernier International Corporation, aunado a que las acciones legalmente correspondían a quien había aceptado la oferta, las había suscrito y pagado, como fue el caso de Rincón Guevara.

Advierte, que si el Tribunal hubiese analizado las pruebas anteriormente relacionadas, habría entendido que una cosa es <<*sustituir*>> o <<*modificar*>> los títulos valores que se encontraban en <<*cabeza*>> de Acociviles, y otra muy diferente es hacer una <<*reversión contable*>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] como la que se hizo en Superview S.A., producto de una corrección contable, como la que se realizó en la nota de contabilidad 004 del 19 de junio de 2001, la cual se reflejó en el libro de registro accionistas, con la observancia de la ley contable y comercial exigida para el efecto, con lo cual hubiese proferido sentencia absolutoria.

Igualmente estima, en lo referente a los títulos valores en cabeza de Acociviles, está claro que Carlos Humberto Isaza Rodríguez, en ningún momento <<*sustituyó*>>, ni <<*modificó*>> <<*los títulos valores en cabeza de Acociviles S.A.*>>, porque esto en ningún momento sucedió, pues como lo aceptó el Tribunal, en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del

21 de noviembre de 2000 (Acta No. 30), Acociviles S.A. adquirió 45.000 acciones, las cuales se certificaron con el título provisional de acciones A-007, el cual, con base en la Resolución No. 786 del 22 de octubre de 2001 de la Comisión Nacional de Televisión, fue reemplazado por el Título de acciones No. A-024 del 29 de abril de 2002, con lo cual se demuestra que en ningún momento se <<sustituyeron>> o <<modificaron>> los títulos valores que se encontraban en cabeza de Acociviles S.A.

Sostiene que la confusión de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entre <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993], <<anotaciones en el libro de registro de accionistas>> y <<sustitución>> o <<modificación>> de títulos valores, conlleva a que los dos Tribunales cometan errores en la aplicación de la ley comercial, y por eso al hacer referencia a la <<reversión contable>> en lugar de aplicar el Decreto 2649 de 1993 (Diciembre 29) y demás normas comerciales que tratan sobre los aspectos contables, aplican el Artículo 416 del Código de Comercio, que hace referencia a los eventos de suscripción accionaria que proviene de la <<negociación de acciones>> en el mercado secundario, el cual sí requiere de orden judicial.

Este error, continúa el recurrente, conllevó a que el juez de segundo grado señalara que para efectos de la <<reversión contable>>, se requiere de orden de autoridad judicial competente, pues hacen extensiva la exigencia de la orden judicial exigida para la <<inscripción en el registro de acciones>> adquiridas por cesiones derivadas de operaciones del mercado secundario, a la <<reversión contable>> y por eso

concluyen que la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] que se hizo en Superview S.A. frente a Acociviles, y que consta en la nota contable 004 del 19 de junio de 2001, se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el efecto.

Que, a este yerro llegó el Tribunal, por desconocer las declaraciones de los expertos en temas contables y comerciales y por no analizar correctamente las decisiones administrativas y judiciales emitidas previamente por la Superintendencia de Sociedades y el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la que se adoptó el tema y en las que se dijo que la <<revisión contable>> realizadas en Superview S.A. se había sujetado a la ley. Estas decisiones son las siguientes:

2.1.3.10.6.1. Superintendencia de Sociedades, Radicación 3003-01-015540, en el trámite referente al estudio de irregularidades en la suscripción de acciones. Asunto: Solicitud de medida administrativa para la sociedad Superview S.A. de Fecha: 2003/02/05, mediante la que concluyó que no existió irregularidad alguna en la suscripción de las acciones (Acta No. 29 de la junta directiva del 12 de enero de 2001), por lo cual no procedió a impartir ninguna orden a la sociedad relacionada en la suscripción.

2.1.3.10.6.2. Resolución del Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control. Radicación: 2003-01-061083. Fecha: 2003/04/01. Resolución No. 320-000824, en la que los registros efectuados con motivo de la

suscripción de acciones, y la corrección de los registros de la participación accionaria de junio de 2001, se efectuaron teniendo en cuenta los soportes que este hecho económico exige de conformidad con lo previsto en el artículo 123 del Decreto 2649 de 1993, tales como los recibos de caja, comprobantes de ingreso, o la declaración de cambio correspondiente, y que tampoco se encontró prueba alguna que evidenciara la corrección de la declaración de cambio, para efectos de reflejar la modificación de los datos en cuanto a la destinación de la operación cambiaria.

2.1.3.10.6.3. Audiencia de fallo proferida por el Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá D.C. -Sala Civil-. Ref.: Verbal (impugnación de acta o decisiones de Asambleas) de Acociviles vs. Superview S.A. Radicación 10533. Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda. 4 de mayo de 2005. Acta No. 018, en la que se advierte, que en completa oposición a lo señalado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se trató y se analizó el tema de la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] así como las anotaciones que se realizaron en el libro de accionistas de Superview S.A., consecuencia de dicha <<corrección asientos contables>>, las cuales, en dichas determinaciones, estos procedimientos se ajustaron a la ley vigente para el efecto, razón por la cual el Tribunal ha debido proferir sentencia absolutoria.

2.1.3.10.7. Acta No. 33 aprobada en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Superview S.A. del día 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34); Acta No. 34 correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de

Accionistas de Superview S.A. del día 9 de noviembre de 2001; Declaración rendida por José Gregorio Flórez Fernández el 11 de noviembre de 2009 ante la Fiscal Ciento Setenta y Uno Seccional de Bogotá; declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez el 19 de junio de dos mil doce (2012), que no fueron valoradas correctamente, pues de haber sido así se hubiese establecido que la única acta No. 33 de Asamblea de Accionistas de SUPERVIEW S.A. del 9 de abril de 2001 que existe, es la aprobada en la sesión del 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34).

Por lo anterior, está claro que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se equivoca al señalar que existen <<dos actas 33>>, y, por lo mismo, se equivoca al darle carácter de acta al <<borrador>> que se elaboró de la sesión del 9 de abril de 2001, cuando este no tiene tal calidad.

Los errores que se presentaron en la valoración de estas pruebas fueron los siguientes:

2.1.3.10.7.1. Error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia por suposición de un Acta No. 33, diferente a la aprobada en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Superview S.A. del día 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34). Según el recurrente, la Asamblea del 9 de abril de 2001, decidió conformar una comisión encargada de impartir aprobación al acta resultante de sus deliberaciones. No obstante lo anterior, esa comisión se vio frustrada en su empeño porque ese <<borrador>> no tuvo la firma del Presidente de la Asamblea, ese documento quedó

sin aprobación, no adquirió ningún valor probatorio y las decisiones en él plasmadas, quedaron sin eficacia, por lo que dicha acta se aprobó en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas del 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34), de acuerdo con el orden del día informado previamente por el Representante legal de Superview S.A.

2.1.3.10.7.2. El Acta No. 33 del 9 de abril de 2001 que se aprobó en la sesión del 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34), que es la única Acta No. 33 correspondiente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas (de segunda convocatoria) de Superview S.A., del 9 de abril de 2001 que existe, es la aprobada en la sesión del 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34).

2.1.3.10.7.3.- Declaración rendida por José Gregorio Flórez Fernández el 11 de noviembre de 2009 ante la Fiscal Ciento Setenta y Uno Seccional de Bogotá, en la que es claro en señalar que él firmó el acta, e indica que desconoce las razones por las cuales <<*nunca se aportó firmada a Superview S.A.*>>, y por eso sugirió que se le preguntara a Luis Fernando Salazar.

2.1.3.10.8. Error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación, que recae sobre la Comunicación del 22 de junio de 2001, enviada por la Revisora Fiscal de Superview S.A., Martha Liliana Guevara, a Carlos Humberto Isaza, Gerente de Superview S.A.; la nota de contabilidad del 19 de junio de 2001; la certificación expedida por la Revisora Fiscal del 29 de junio de 2001, en relación con el número de acciones de Acociviles y su porcentaje.

2.1.3.10.8.1. Comunicación del 22 de junio de 2001, enviada por la Revisora Fiscal de Superview S.A., Martha Liliana Guevara, a Carlos Humberto Isaza, Gerente de Superview S.A.; en la que la Revisora Fiscal de Superview S.A., le informa al Representante Legal que corrigió el asiento contable a nombre de Bernier International Corporation, como consta en la nota contable N°. 004 de 19 de junio de 2001.

2.1.3.10.8.2. Nota de contabilidad del 19 de junio de 2001; certificación expedida por la revisora Fiscal del 29 de junio de 2001, a la que hace referencia la Revisora Fiscal Martha Liliana Guevara, en donde indica que se realizó la corrección del asiento contable a nombre de Bernier International Corporation, donde indica que tuvo como sustento los soportes enviados por la compañía Salazar & Asociados.

2.1.3.10.8.3. Error de hecho por falso juicio de identidad, por cercenamiento, que recae sobre la certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A. del 29 de junio de 2001, en cuanto a la fecha de esta certificación.

2.1.3.10.9. Error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación, que recae sobre el Acta No. 33, aprobada en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Superview S.A. del día 9 de noviembre de 2001 (Acta No. 34); sobre el Acta No. 34 correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Superview S.A. del día 9 de noviembre de

2001; y sobre la declaración rendida por José Gregorio Flórez Fernández el 11 de noviembre de 2009 ante la Fiscal Ciento Setenta y Uno Seccional de Bogotá

2.1.3.10.10. Error de hecho por falso juicio de existencia por <<ignoración>> de medios probatorios que recae sobre la declaración rendida por Luis Fernando Salazar Vélez, el diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012).

El defensor estima que de haberse apreciado correctamente este documento se hubiese advertido que la Certificación de la Revisora Fiscal es del 29 de junio de 2001, como aparece en la parte inferior derecha del documento, y no como lo presenta el Tribunal de Bogotá, como un documento sin fecha, producto de los actos delincuenciales realizados al interior de Superview S.A. y hubiese entendido que la información que se reporta en cada uno de los documentos mencionados, son el resultado de un ejercicio contable serio, cuidadoso y ajustado a la ley, con efectos sobre la composición accionaria en Superview, de manera particular con el Acta No. 33 del 9 de abril de 2001., aprobada en el Acta No. 34 del 9 de noviembre de 2001.

Igualmente considera que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se equivoca al señalar que a Acociviles S.A. se le debe devolver "el porcentaje accionario que ésta tenía hasta antes de que se efectuara la reversión contable, y que equivalía a un veinticinco por ciento (25%) de la composición accionaria de Superview S.A.", por lo siguiente:

Frente al contenido de la certificación de la Revisora Fiscal de Superview S.A. del 29 de junio de 2001, está claro que lo afirmado por el Tribunal sería válido si la certificación de la Revisora Fiscal se hubiese expedido al día siguiente de la terminación del proceso de capitalización dispuesto en la Asamblea General Universal de Accionistas de Superview S.A., del 4 de enero de 2001 (Acta No. 31), en los términos señalados por el <<Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones>>, aprobado por la Junta Directiva el 12 de enero de 2001 (Acta No. JD-29), sin que se hubiesen presentado las situaciones expuestas por LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en representación de Bernier International Corporation, el 24 de mayo de 2001.

Y aduce que para efectos de analizar la Certificación expedida por la Revisora Fiscal el 29 de junio de 2001, se debe tener en cuenta la Certificación del diecisiete (17) de febrero de dos mil uno (2001), expedida por el representante legal y por la Revisora Fiscal de Superview S.A. y la nota de contabilidad del 19 de junio de 2001, con base en los siguientes aspectos:

Hasta el momento en que se produjo la "reversión contable" [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] la situación era la siguiente:

La sociedad emitió 720.000 nuevas acciones de \$1.000 c/u. Manuel Rincón, en atención a lo dispuesto por la Junta Directiva (Acta JD-029 del 12 de enero), supuestamente había cancelado los valores correspondientes al 60% de la parte que debía pagarse al momento de aceptar la suscripción.

Teniendo en cuenta que Bernier International Corporation tenía una participación del 17%, le correspondería pagar por el total de la suscripción 122´400.000.00 y según él habría pagado ese 60% así, equivalente a 73´440.000.00. Acociviles con una participación del 25% y un interés en la sociedad del 25%, le correspondía pagar por el total, la suma de 180´000.000.00, cuyo 60% equivaldría a 108´000.000.00.; y. a Manuel Rincón Guevara con una participación del 8%, le correspondía pagar por el total de la suscripción 57´600.000.00, cuyo 60% equivaldría a 34´560.000.00.

Pero, como el 19 de junio de 2001, ya Manuel Rincón le había hecho endoso a Bernier International Corporation, del 8% de las acciones de propiedad de ésta sociedad [Bernier International Corporation], que Rincón había tomado bajo el mandato sin representación; entonces, para esa fecha, ya Bernier International Corporation tenía en su poder el 25% de las acciones de Superview y, por consiguiente, el derecho de acrecimiento por ese 25% sobre el total de las acciones emitidas y puestas en circulación en la capitalización decretada en enero de 2001.

Por lo tanto, para el demandante resulta lógico, que al momento de advertirse el error y de llevarse a cabo la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] en la que se le capitalizó a Bernier International Corporation, el total de lo que durante el plazo de la suscripción se había comprometido a pagar (25%) de

las acciones emitidas su cuenta corriente en esa capitalización era la siguiente:

Acciones emitidas por Superview: 720.000 equivalentes a \$720'000.000.00; Acciones que le correspondía suscribir y pagar a Bernier International Corporation, por ser titular del 25% del capital social de Superview S.A.: 180.000, equivalentes al 25% del monto emitido, las que tenían un valor de \$180'000.000.00; abono hecho el 15 de enero de 2001 (sobre el 17% más el 8%=25%).

Esta suma (\$36'000.000.00), por haber correspondido a un excedente cancelado por Bernier International Corporation, la sociedad la debía contabilizar bajo la denominación genérica <<crédito>> de Bernier International Corporation en Superview S.A., por ser una suma a favor de Bernier International Corporation. Crédito que, de acuerdo con la declaración de cambio por inversión extranjera (Formulario No. 4), tenía que clasificarse como una acreencia para futuras capitalizaciones, ya que la ley cambiaria colombiana prohíbe darle otra destinación y a que Bernier International Corporation no podía, legalmente, actuar como prestamista de una persona natural y/o jurídica colombiana (Manuel Rincón).

Del mismo modo considera, que los \$106'560.000.00 a los que se refiere la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá, corresponden a la suma de lo pagado por Manuel Rincón como cuota inicial de la suscripción del 8% de Bernier International Corporation que él [Rincón] tenía bajo mandato: \$34'560.000.00 más el 40% del total de lo que le

correspondía capitalizar a Bernier International Corporation (17% + 25%): \$72'000.000.oo. Por consiguiente: \$34'560.000.oo + \$72'000.000.oo = \$106'560.000.oo.

Y que el abono hecho por Manuel Arturo Rincón, bajo el mandato sin representación, sobre ese 8% de las acciones de Bernier International Corporation, para cubrir el 60% inicial, correspondía a \$34'560.000.oo.

Así, lo pagado por el mismo Rincón, como abono del 60% sobre el 17% de Bernier International Corporation, fueron \$73'440.000.oo.

Se tiene entonces que \$34'560.000.oo + \$73'440.000.oo = \$108'000.000.oo que coinciden con el 60% del abono inicial que debía cancelar Bernier International Corporation.

En consecuencia, quedaba pendiente de pago el valor correspondiente al 40%. 40% de \$180'000.000 que son, justamente \$72'000.000.oo

Ahora bien, el demandante pone de relieve los efectos que la certificación de la Revisora Fiscal de 29 de junio de 2001 tiene en la composición accionaria y observa que:

Las decisiones adoptadas en la Asamblea del 9 de noviembre de 2001, en la que se aprobó el acta AA-033 del 9 de abril de 2001, no fueron impugnadas por el denunciante, Manuel Arturo Rincón, por lo tanto, dicha Acta tomó plena validez.

La composición accionaria aprobada desde el 9 de abril de 2001, está reflejada en función del monto del capital efectivamente suscrito y pagado hasta el 16 de febrero de 2001, es decir en la suma de quinientos cincuenta y cinco millones trescientos seis mil pesos (\$555.306.000.00).

En lo que tiene que ver con Bernier International Corporation, se debe precisar que con la unificación de las acciones recibidas por Manuel Rincón, bajo la figura del mandato comercial sin representación, más el incremento porcentual por el pago del total de las acciones suscritas en la capitalización decretada el 12 de enero de 2001, se elevó su participación al 43,3270%.

En lo relacionado con Acociviles, explica que ésta conservó las 45.000 acciones que había adquirido desde la sesión del 21 de Noviembre de 2000, que en su momento representaban el 25% de la composición accionaria, de acuerdo con el capital suscrito aprobado hasta ese momento: ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000.00).

Y sostiene que, como en la sesión del 4 de enero de 2001 (Acta No. 31), se aumentó el capital suscrito de la empresa [estaba en \$180'000.000.00] en la suma de setecientos veinte millones de pesos moneda legal colombiana (\$720.000.000.00), para alcanzar la suma de novecientos millones de pesos moneda legal colombiana (\$900.000.000), la cual es equivalente al monto total del capital autorizado, por esa sola razón, las 45.000 acciones de Acociviles ya no representaban el 25% del capital suscrito, sino, en principio, el 6.25%.

Al final de la operación las 45.000.00 acciones van a representar el 8.6654%, en razón a que en la Asamblea General Universal de Accionistas de Superview S.A. del 4 de enero de 2001 (Acta No. 31) se aumentó el capital autorizado en la suma de setecientos millones de pesos (\$720'000.000.00), y para el efecto se emitió la misma cantidad de acciones de \$1.000 c/u, al final, los accionistas solamente pagaron trescientos setenta y cinco millones trescientos seis mil pesos (\$375'306.000.00), con lo cual el capital autorizado no llegó a novecientos millones de pesos (\$900'000.000.00), como también se había aprobado en dicha sesión, sino a quinientos cincuenta y cinco millones trescientos seis mil pesos (\$555'306.000), que resultan de los ciento ochenta millones de pesos (\$180'000.000.00) iniciales más los trescientos setenta y cinco millones trescientos seis mil pesos (\$375'306.000) pagados por los accionistas entre el 15 de enero y el 16 de febrero de 2001.

De esta manera, concluye que las 45.000 acciones de Acociviles, respecto de un universo de 555.306 acciones, corresponden al 8.6654% y no al 25%.

Adicionalmente, expone que Acociviles no pagó el 25% ofrecido por la Junta Directiva en la sesión del 12 de enero de 2001 (Acta No. JD-29), razón por la cual no incrementó su participación en Superview S.A.

El anterior análisis lo lleva a sostener que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al incurrir en los

errores de hecho demandados, distorsionó la comunicación del 22 de junio de 2001, enviada por la Revisora Fiscal de Superview S.A., Martha Liliana Guevara a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Gerente de Superview S.A., la nota de contabilidad del 19 de junio de 2001 y la certificación expedida por la revisora Fiscal del 29 de junio de 2001, y por eso llegó al error de señalar que a Acociviles S.A., se le debe devolver *<<el porcentaje accionario que ésta tenía hasta antes de que se efectuara la reversión contable, y que equivalía a un veinticinco por ciento (25%) de la composición accionaria de Superview S.A.>>*, decisión que considera que es errada porque ese porcentaje dejó de existir en el momento en que Superview S.A. aumentó el capital suscrito y en el momento en que Acociviles incumplió con los pagos aprobados en el *<<Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones>>* del 12 de enero de 2001 (Acta No. JD-29)¹⁵, con lo cual se puede afirmar que nadie le ha quitado a Acociviles ni sus 45.000 acciones, porque ahí están; ni sus porcentajes, y por ello no se puede hablar de hurto.

2.1.3.10.10.11. Error de hecho por falso juicio de existencia por *<<ignoración>>* de medios probatorios que recae en:

2.1.3.10.10.11.1. Comunicación del 30 de mayo de 2001, enviada por CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Representante legal de Superview S.A, a Manuel Rincón Guevara; en la que le solicita que le aclare los términos en que él realizó la consignación a la CNTV, de lo cual deduce que él sabía que la consignación que había realizado en nombre de Bernier International Corporation era objeto de análisis contables.

¹⁵Véase cuaderno No. 1, folio 29 y 30.; 133 y 134, cuaderno No. 4, folios 32 a 34.

2.1.3.10.10.11.2. Comunicación del 21 de noviembre de 2002, enviada por CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en calidad de Representante legal de Superview S.A. a Manuel Arturo Rincón Guevara, Representante legal de Acociviles S.A., en la que su representado le da respuesta a Manuel Rincón de su comunicación de 10 de noviembre de 2002 y para la cual se apoyó, entre otras en las siguientes comunicaciones: Comunicación de Superview S.A. No. 0150 del 21 de noviembre de 2002, dirigida a Manuel Arturo Rincón Guevara, Representante Legal de Acociviles S.A.; Comunicación de Superview S.A. No. 0154 del 7 de febrero de 2002, dirigida a la Martha Yolanda Maldonado Rodríguez, Coordinadora del Grupo Análisis Jurídico (e) de la Superintendencia de Sociedades; Comunicación de Superview S.A. No. 0151 del 30 de enero de 2002, dirigida a Juan Carlos Salazar Torres, de Salazar & Asociados Ltda.; y, Comunicación de Superview S.A. No. 0108 del 14 de junio de 2001, dirigida a Bernier International Corporation.

Para el recurrente, de haberse apreciado la prueba el juez de segundo grado se hubiese abstenido de afirmar que existió una <<silente actitud de Superview S.A. en punto del reconocido porcentaje accionario a Acociviles S. A.>>, y también se hubiese abstenido de indicar que <<se ratifica entonces con esta situación el comportamiento doloso de los procesados>>, en razón a que desde el momento en que Bernier International Corporation le solicitó a Superview S.A. las certificaciones contables relacionadas con la inversión extranjera que realizó en enero de 2001, a efectos de cumplir con la capitalización dispuesta en esa época, Manuel Rincón tuvo

conocimiento de las situaciones contables que se estaban presentando al interior de Superview S.A, de las comunicaciones institucionales que se estaban dando entre Superview S.A. y Bernier International Corporation, y entre Superview S.A. y la oficina de Abogados Salazar & Asociados Ltda.

Y, de haberse apreciado la comunicación No. 0224 de Superview S.A. del 21 de noviembre de 2002, enviada por CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en calidad de Representante legal de Superview S.A. a Manuel Arturo Rincón Guevara, Representante legal de Acociviles S.A., hubiere reconocido que Superview S.A., de manera permanente le estaba informando y dando respuesta a Acociviles S.A. de todo lo referente a las capitalizaciones llevadas a cabo en enero y en noviembre de 2001.

Seguidamente a la postulación de los cargos, el demandante realiza un análisis del apartado 7.3 de la decisión del *ad quem* con el propósito de demostrar que existen múltiples dudas sobre la certeza del delito de hurto y su agravación, y respecto de la responsabilidad de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ en él, en calidad de cómplice, cuya importancia radica en la afirmación realizada por el Tribunal en cuanto a la existencia del préstamo dinerario aducido y del hurto de los títulos accionarios.

En lo que hacer relación a la certeza del delito de hurto y, específicamente a la existencia del préstamo, del cual el juez de segundo grado señaló la existencia del contrato de

mutuo sin indicar si éste fue realizado entre Bernier International Corporation y Acociviles y/o Bernier International Corporation y Manuel Rincón, el cual no exhibió, estima que se halla claro que Superview se ajustó a las normas contables, cambiarias y bancarias, y en tal sentido realizó la <<reversión contable>> [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] para reflejar en su contabilidad y en el libro de registro de accionistas, la información que obraba en los documentos bancarios y cambiarios, como Bancolombia y, consecuentemente con él, en el Banco de la República, en los que se había indicado que el inversionista extranjero había sido Bernier International Corporation, quien como inversionista extranjero se sometió, al realizar el giro desde Estados Unidos, al cumplimiento de todas las exigencias del sistema cambiario colombiano, resaltando que esta sociedad no es una institución financiera, ni de crédito y por esta razón no puede hacer préstamos ni a personas naturales, ni a personas jurídicas.

En cuanto a la reversión contable, arguye el demandante que en razón a que Bernier International Corporation, había quedado reconocido como inversionista extranjero en Bancolombia y, consecuentemente con ello, en el Banco de la República, pues ese era su carácter, y así lo había declarado el denunciante, Manuel Rincón, al diligenciar el formulario No. 4, luego de que la oficina de Abogados Salazar & Abogados Ltda. hubiese monetizado los cien mil dólares que Bernier International Corporation le había transferido para el efecto, Superview S.A., el 24 de mayo de 2001, una vez conoció la situación que se había generado en torno a la capitalización de Bernier International

Corporation, y luego de analizar las respectivas pruebas, procedió en consecuencia, y en ese sentido, la Contadora de Superview, siguiendo las recomendaciones de la Revisora Fiscal y las normas exigidas para el efecto, realizó la <<corrección de los asientos contables>> para reflejar en el libro de contabilidad y en el libro de registro de accionistas, la información que se había reportado a Bancolombia y al Banco de la República.

Por ello, según el impugnante, la sentencia del Tribunal debió reconocer que Superview S.A. tenía el deber legal de hacer la <<corrección de asientos contables>>, para reflejar en la contabilidad lo que aparecía en Bancolombia y en el Banco de la República y que la información reportada en cada uno de los documentos fueron el resultado de un ejercicio contable serio, cuidadoso y ajustado a la ley, con efectos sobre la composición accionaria del Acta 33 de 9 de abril de 2001, aprobada en el acta 34 de 9 de noviembre de 2001, cumpliendo con todos los requisitos legales exigidos para el efecto, como lo señalaron las distintas autoridades administrativas y judiciales que tuvieron conocimiento del caso.

Ahora bien, respecto del apoderamiento de los títulos accionarios, el libelista sostiene que nadie se apoderó de los títulos accionarios de Acociviles y que el juez de segundo nivel no comprendió que al realizarse la "reversión contable" [corrección asientos contables. Decreto 2649 de 1993] como consecuencia de ello, se hicieron anotaciones en el libro de registro de accionistas, pero una cosa es hacer anotaciones en el libro de registro de accionistas y otra muy diferente es

apoderarse de títulos accionarios y que esta reversión contable se debe reflejar en el libro de accionistas, como en efecto se hizo, con la observancia de la ley contable y comercial exigida para el efecto, y en tales condiciones, hubiese entendido que otra cosa muy diferente es <<sustituir>> o <<modificar>> los títulos valores que se encontraban en <<cabeza>> de Acociviles.

De este modo resalta que ISAZA RODRÍGUEZ en ningún momento sustituyó los títulos valores que se hallan en cabeza de Acociviles, pues las 45.000 acciones que adquirió desde la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del 21 de noviembre de 2000 (Acta No. 30), que se certificaron en el título provisional de acciones A-007, el cual, con base en la Resolución No. 786 del 22 de octubre de 2001 de la Comisión Nacional de Televisión, se reemplazó por el Título de acciones No. A-024 del 29 de abril de 2002, ahí está.

Tampoco, según el impugnante, puede sostenerse la existencia de un sutil apoderamiento de las acciones o porcentajes de Acociviles, pues está claro que sus acciones están allí y que el porcentaje que representaban las 45.000 acciones que adquirió desde la Asamblea General Extraordinaria de 21 de noviembre de 2000 dejó de existir en el mismo momento en que Superview S.A. aumentó el capital suscrito [Asamblea General Universal de Accionistas de Superview S.A. del 4 de enero de 2001 (Acta No. 31)] y en el momento en que Acociviles incumplió con los pagos aprobados en el <<Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones>> del 12 de enero de 2001 (Acta No. JD-29).

Con fundamento en lo anterior, para el demandante es lo cierto que no existió el delito de hurto.

Respecto de la responsabilidad de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, Representante Legal de Superview S.A., en calidad de cómplice, sostiene que al no existir el <<*sutil apoderamiento*>> al que hace referencia el Tribunal, porque no existió el delito de hurto, no se puede condenar a su representado, pues él no tuvo ninguna injerencia en la <<*reversión contable*>>, la cual se ajustó a derecho.

El demandante también pone de relieve las comunicaciones de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ con Luis Alfredo Baena Riviere, la Contralora y la Revisora Fiscal (el 14 de junio de 2001), los responsables de la nota de contabilidad de 19 de junio de 2001, la certificación de la Revisora Fiscal de 29 de junio de 2001, el trámite contable que se realizó al interior de Superview S.A., sus responsables, la fecha de la certificación de la Revisora Fiscal (29 de junio de 2001), el Acta de la Asamblea Extraordinaria de 9 de abril de 2001 (Acta No. 33), aprobada el 9 de noviembre de 2001 (Acta No.34), la información y las comunicaciones dadas por Superview S.A. a Acociviles sobre las capitalizaciones de enero y noviembre de 2001; el lenguaje dubitativo del Tribunal frente al delito, su agravación y la responsabilidad de los acusados, el reconocimiento de la atipicidad de la conducta.

Con fundamento en ello, solicita que en respuesta al primer cargo del libelo, se case la sentencia demandada y se profiera fallo de reemplazo, en el cual se elimine la

circunstancia de agravación punitiva consistente en la confianza y que, como consecuencia de ello, se declare la prescripción de la acción penal.

Frente al cargo segundo, primero subsidiario, requiere para su representado la absolución, en razón a que existen serias y profundas dudas probatorias en cuanto a la certeza del delito de hurto, de su agravación y de su responsabilidad en calidad de cómplice.

2.2.- A nombre del procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

Después de identificar los sujetos procesales y la providencia materia de impugnación, así como resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, dos cargos formula el demandante contra el fallo del Tribunal, en los que lo acusa de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho en la apreciación probatoria.

2.2.1.- En la **primera censura**, formulada como principal, con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa la sentencia de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial, debido a errores de hecho por falso raciocinio y falsos juicios de existencia en la apreciación de las pruebas, los cuales dieron lugar a la falta de aplicación del artículo 7° de la Ley 600 de

2000 relativo al principio de la duda probatoria, y la consecuente aplicación indebida del artículo 241.2 del Código Penal, que define la circunstancia de agravación punitiva de la confianza.

Aclara que su pretensión no se agota en la sola remoción de la aludida circunstancia de agravación punitiva, <<*sino en la declaratoria de prescripción que irremediablemente sobrevendría*>>, la cual, a su modo de ver, habría de ser decretada por la Corte, toda vez que en la sentencia se declaró el **19 de junio de 2001 como fecha de ocurrencia del apoderamiento** y <<*porque desde el momento de comisión del supuesto delito hasta que se dictó la resolución de acusación, transcurrió un lapso muy superior a los nueve años*>>.

2.2.1.1.- En primer lugar denuncia que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad respecto de la declaración del abogado Juan Carlos Salazar, pues, <<*como se puede apreciar de la prueba, entre Baena y Rincón, luego de producirse el proceso de capitalización de Superview S.A. de 2001, ya nunca más existió un ambiente de confianza y cordialidad y así lo confirman los apartes cercenados de la declaración de este testigo*>>.

2.2.1.2.- Sostiene que el ad quem incurrió en falso juicio de existencia con respecto a la carta de 10 de junio de 2001, por cuyo medio Manuel Rincón le agradece al abogado Juan Carlos Salazar su gestión como mediador en las diferencias económicas con Baena, lo que de entrada sugiere que para ese momento entre el denunciante y el procesado existía un ambiente de conflicto o disputa.

2.2.1.3.- Indica asimismo que el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia respecto de la carta de 21 de mayo de 2001, a través de la cual Manuel Rincón nuevamente expone cómo desde dicho mes se encontraba en un ambiente de diferencias con Baena.

2.2.1.4.- De igual modo sostiene que el juzgador de segunda instancia incurrió en falso juicio de identidad por cercenamiento respecto del correo electrónico de 11 de abril de 2001, que BAENA envió a Rincón, en los apartes que acreditan que para esa fecha no se presentaba un ambiente de confianza y cordialidad entre las partes.

2.2.1.5.- Señala que el Tribunal también omitió considerar la carta del 30 de mayo de 2001, que BAENA dirige al doctor Juan Carlos Salazar, quien fungía como abogado de Manuel Rincón, en la cual BAENA califica de abusiva la conducta de Rincón, aspecto que confirma el ambiente conflictivo que caracterizó la relación entre las partes para el momento de los hechos.

2.2.1.6.- Afirma que el sentenciador de alzada cometió falso juicio de existencia por omisión al dejar de apreciar el oficio de 30 de mayo de 2001 enviado a Manuel Rincón por el representante legal de la sociedad Superview S.A., en el cual se le expuso la reclamación que BAENA formuló en procura que Superview corrigiera sus intereses accionarios, con lo

cual se corrobora el escenario tenso y conflictivo de la relación personal.

Con apoyo en lo anterior, el libelista sostiene que los mencionados errores de apreciación probatoria le impidieron al Tribunal considerar que las pruebas referidas descartaban la certeza sobre el vínculo de confianza entre Baena y Rincón, por lo que no resultaba aplicable la agravante respectiva.

2.2.1.7.- De otra parte, el libelista denuncia que el Tribunal incurrió en falso raciocinio por desconocimiento del principio lógico de no contradicción, toda vez que concluyó que entre BAENA y Rincón existía una relación de amistad o confluencia societaria, a partir de lo cual agravó la pena, al tiempo que en varios apartes de su pronunciamiento reconoció que cuando se produjo el acto de apoderamiento de los bienes, ese vínculo estaba desecho.

Estima que de este modo surge nítido que a partir de una misma realidad fáctica en el fallo se predicaron dos premisas contradictorias, lo que denota la falta de certeza sobre la aplicabilidad de la circunstancia agravante de que trata el artículo 241.2 del Código Penal.

Después de traer a colación doctrina y jurisprudencia nacionales sobre el alcance de la referida agravante, manifiesta que las pruebas examinadas en este cargo, conducen a demostrar que con anterioridad a la comisión del

hurto, las relaciones entre el denunciante y el procesado, entraron en proceso de alteración hasta llegar al deterioro con carácter de irreversible, para dar lugar a la desconfianza, la prevención y el desasosiego.

El defensor concluye, entonces, que como el cargo está llamado a prosperar, debe removerse la circunstancia de agravación indebidamente imputada a su asistido, y como consecuencia de ello, decretarse la prescripción de la acción penal toda vez que desde el momento de la realización de la conducta hasta cuando se dictó resolución de acusación, transcurrió un lapso muy superior a los nueve años.

2.2.2.- A continuación, también con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, el demandante aborda en el libelo el **cargo subsidiario** que presenta por violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio en la apreciación de las pruebas que sirvieron de fundamento a la declaración de condena, y que dieron lugar a la falta de aplicación del artículo 7° de la Ley 600 de 2000 sobre el grado de conocimiento de la duda, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, y la consecuente aplicación indebida de las disposiciones sustanciales que definen la determinación en el delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía.

2.2.2.1.- Con la pretensión acreditar su aserto, comienza por sostener que el Tribunal incurrió en los siguiente errores de

apreciación probatoria, relativos a la condición de determinador del procesado BAENA.

2.2.2.1.1.- Falso juicio de identidad con respecto a las peticiones que el procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE dirigió a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ en su condición de Gerente de Superview S.A., con el fin de que se le reconociera el total de la capitalización, sin que de ellas se pueda deducir una incitación a delinquir.

2.2.2.1.2.- Falso juicio de identidad por distorsión de la comunicación del 14 de junio de 2001 de ISAZA a BAENA, toda vez que a criterio del libelista corresponde a un informe corriente de la gestión realizada para atender la solicitud de éste, y jamás una demostración de confabulación alguna.

2.2.2.1.3.- Falso juicio de identidad por tergiversación de los oficios del 14 de junio de 2001 de ISAZA a la contadora y a la revisora fiscal, en los cuales les solicita aclarar la situación sin que se haga la menor alusión a la forma como debían atender el requerimiento de BAENA.

2.2.2.1.4.- Falso juicio de identidad respecto de la comunicación de 22 de junio de 2001, por cuyo medio la Revisora Fiscal le informa al representante de Superview S.A. que luego de estudiar el asunto resolvió aplicar el “asiento correcto” y reversar el anterior, por erróneo, y de cuyo contenido, según el libelista, no resulta posible extractar

conclusiones de confabulación delictual como se hizo en la sentencia ameritada.

2.2.2.1.5.- Falsos juicios de existencia por omisión, en tanto el Tribunal dejó de considerar algunos medios de convicción que acreditan la transparencia del proceso llevado a cabo previamente a la reversión contable, tales como los oficios de Carlos Humberto Isaza, representante legal de Superview S.A., mediante los cuales solicita información al abogado Salazar a fin de aclarar la situación planteada por BAENA con respecto a la corrección del registro accionario; así como el oficio dirigido a Rincón solicitándole aclarar la situación relacionada con el depósito efectuado a nombre de Superview y la comunicación de Rincón al abogado Juan Carlos Salazar, en la cual le indica que no tiene responsabilidad alguna en las disputas sobre las acciones emitidas por Superview.

De igual modo, el Tribunal dejó de considerar la diligencia de indagatoria de Carlos Humberto Isaza, en la que, según el libelista, se pone de presente <<el manejo transparente, autónomo e imparcial, que dio a las peticiones de BAENA>>, y el oficio de 21 de mayo de 2001, que Manuel Arturo Rincón le dirige a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE solicitándole un acercamiento para dar por terminadas las diferencias.

2.2.2.1.6.- Señala igualmente, que el ad quem incurrió en falsos juicios de identidad y de existencia con respecto a las pruebas que acreditan que la reversión contable fue

aprobada por la mayoría de los socios de Superview S.A., como así sucedió con el acta No. 34 del 9 de noviembre de 2001 en donde la asamblea de socios dispuso aprobar el ajuste en el porcentaje accionario con base en la certificación de la revisora fiscal.

2.2.2.2.- Sostiene asimismo que el Tribunal cometió los siguientes errores de apreciación probatoria, con relación a la existencia del hecho del préstamo de dinero, ya que en el fallo se indica que el procesado BAENA le prestó al denunciante Rincón la suma de \$ 108'000.000 ese dinero para después poderlo hurtar.

2.2.2.2.1.- El demandante afirma que el sentenciador de alzada incurrió en falso raciocinio por transgredir las reglas de experiencia en la apreciación de la denuncia penal, toda vez que confirió crédito a la manifestación de Rincón cuando indicó que como no contaba con dinero disponible para hacer una capitalización que tenían que realizar por la suma de doscientos cuarenta millones de pesos, el procesado BAENA le prestó ese dinero.

Sobre dicho particular, el libelista considera que la apreciación del Tribunal riñe con las reglas de experiencia, pues *<<lo cierto es que, ni entre amigos ni comerciantes se prestan altas sumas de dinero sin guardar debido soporte del negocio y, menos aún, sacrificando las propias inversiones del amigo o comerciante que, supuestamente así procede>>*.

2.2.2.2.2.- Asimismo, a criterio del libelista, el Tribunal incurrió en falso raciocinio al apreciar el Formulario Número 4, en donde se indica que se trata de una declaración de cambio por inversiones internacionales de Bernier International Corporation en Superview por la suma de US\$100.000 equivalentes a \$224'000.000, pues mina la fuerza probatoria del citado documento aduciendo que lo que allí se expone no coincide con la verdad, cuando lo cierto es que para poder cumplir con el 100% de su cuota de capitalización, esa empresa debía pagar un monto de \$180'000.000 a la CNTV y que el envío de una suma superior encuentra explicación en las propias palabras de Rincón quien dijo que cuando se comunicó con BAENA para indicarle la suma a girar, le señaló un monto aproximado y no exacto, que se giró antes de expedirse el reglamento donde se definió todo lo relativo a la capitalización, incluyendo la manera como sería realizada.

2.2.2.2.3.- A criterio del recurrente, el Tribunal también incurrió en falso juicio de identidad frente a la apreciación de la indagatoria de BAENA RIVIERE, pues en su dicho no existe contradicción alguna, en razón a que discrimina entre el monto de los \$216.000.000, después de monetizados los US \$100.000.00, suma destinada a cumplir el 100% de la capitalización de Bernier International Corporation, es decir \$180.000.000 y un remanente de \$36.000.000.

De esta suerte, dice, <<en la declaración BAENA no deja ningún resquicio para que se interprete que Rincón podía tomar parte de los

recursos girados afectando el 100% de la inversión de Bernier en Superview S.A. Ese porcentaje resultaba intocable>>.

2.2.2.2.4.- Considera asimismo, que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad en la apreciación del correo electrónico que el 11 de abril BAENA envió a Rincón, toda vez que en opinión del censor dicha prueba no permite dar por cierto el préstamo aducido por el denunciante, sino que Baena le reclama a Rincón por el recibo de los 180 millones de pesos que capitalizó de Bernier.

2.2.2.2.5.- Indica que el Tribunal incurrió en este mismo tipo de error en relación con la declaración de Juan Carlos Salazar, pues fueron cercenados los acápites que corroboran la información reportada en el formulario No. 4, en el sentido que las divisas giradas correspondían a una inversión de Bernier International en Superview S.A.

2.2.2.2.6.- En el mismo sentido, dice, el Tribunal falseó el contenido del oficio que el 28 de mayo de 2001 enviaron Juan Carlos Salazar y Adriana Nassar, el dejar de considerar el punto donde indican que los recursos girados desde el exterior correspondían a una inversión extranjera de Bernier en Superview.

2.2.2.2.7.- Sostiene que el juzgador dejó de considerar la comunicación fechada 5 de junio de 2001 de la firma de abogados a Superview, en la cual se insiste en que los recursos provenían de Bernier International para que a

través de un pago a la CNTV se realizara una inversión en la empresa Superview.

2.2.2.2.8.- Indica que sentenciador omitió considerar la comunicación del 7 de febrero de 2002, del doctor Juan Carlos Salazar a Superview, en la cual no respalda la versión del préstamo invocada por Rincón.

2.2.2.2.9.- Señala asimismo que el ad quem tergiversó el reglamento de emisión y colocación de acciones, en razón a que se incorporó una prohibición inexistente, pues era permitido pagar el 100% de la capitalización en un solo contado.

2.2.2.2.10.- Considera que el Tribunal también dejó de apreciar el documento que acredita cuándo y cuáles de los socios pagaron el 100% de su cuota de capitalización.

2.2.2.2.11.- Indica, de otra parte, que en el fallo se incurrió en falso juicio de identidad frente al acta de la asamblea de accionistas No. 33 del 9 de abril de 2001, en la cual el representante de Bernier International solicitó no aplicar sanciones a los accionistas que incumplieron con la capitalización dentro del plazo previsto.

2.2.2.2.12.- De igual modo dice que en el fallo se dejaron de considerar las actas de Junta Directiva de los días 14 de febrero, y 8 y 12 de marzo de 2001.

Señala que *<<la lectura objetiva de los aludidos instrumentos, denunciados como omitidos, permite observar que la intervención de José Gregorio Flórez, como apoderado de Bernier International Corporation, jamás se hizo en beneficio propio; fue una proposición dirigida a aquellos socios que, como el señor Erick García, no lograron cumplir con el proceso de capitalización dentro del plazo previsto>>*.

2.2.2.2.13.- El libelista es del criterio que el Tribunal cometió falsos juicios de identidad y de existencia con respecto a las pruebas que le sirvieron de fundamento para predicar que el préstamo fue cancelado con el segundo pago de un lote de terreno.

<<Como puede apreciarse –dice–, el fallador pasó por alto que el valor del segundo pago que Rincón cedió a favor de Baena no fue de \$106.504.385, sino de \$224.596.155, suma muy diferente y nada cercana a la de \$108.000.000, que Rincón aduce le fue prestada para cumplir con su cuota de capitalización en Superview S.A.>>.

2.2.2.2.14.- Estima igualmente que el sentenciador incurrió en falso juicio de identidad frente al dictamen contable rendido por el CTI, para hacerle poner en evidencia una supuesta contradicción en la versión de los hechos ofrecida por BAENA. *<<Dicho de otra forma, de las “tres explicaciones distintas”, a las cuales refiere el Tribunal, sólo una es de Baena, las otras corresponden al manejo contable dado al remanente por personal interno de Superview S.A.>>*.

2.2.2.2.15.- Indica, finalmente, que en el fallo se alteró la identidad del contenido del correo electrónico del 18 de abril de 2001 dirigido por BAENA a Rincón, en el que aquél le agradece a éste por el informe y por el tema de parques, pues

equivocadamente se relaciona el documento con el negocio de la capitalización en Superview.

2.2.2.3.- Menciona que el sentenciador incurrió en los siguientes errores de hecho por falsos juicios de existencia en la apreciación de las pruebas que según el Tribunal dicen de la <<ilegalidad de la reversión>>, y que la defensa denomina <<corrección de errores contables>>.

2.2.2.3.1.- El Tribunal dejó de considerar la declaración del perito José Antonio Fonseca, quien sostuvo que los errores en los libros de contabilidad de las empresas son esencialmente enmendables.

2.2.2.3.2.- De igual modo, señala que el Ad quem no tuvo en cuenta el dictamen contable rendido por Isidoro Arévalo Buitrago, con el cual se desvirtúa el dictamen rendido por el perito del CTI sobre la falta de soportes contables de la reversión.

2.2.2.3.3.- Asegura que en el fallo el Tribunal no valoró la indagatoria de Martha Liliana Guevara, Revisora Fiscal para la época de los hechos, quien dijo que luego de estudiar los soportes contables, sugirió la reversión y la justificó legal y documentalmente.

2.2.2.3.4.- Afirma que el sentenciador omitió apreciar la declaración de Olga Beatriz Talero Escobar, Contadora de Superview S.A., quien confirma que la reversión contable se

hizo previa verificación de la documentación que la soportaba legalmente.

2.2.2.3.5.- De igual modo, dice, el juzgador de alzada incurrió en falso juicio de existencia por omisión, al no considerar el folio del libro del registro de accionistas de Superview S.A., correspondiente a Manuel Arturo Rincón Guevara, que incluye reversiones similares a la que es objeto de cuestionamiento, sin que esos hechos hubiesen sido materia de censura o protesta alguna.

2.2.2.3.6.- Asimismo, en su opinión el Tribunal supuso la existencia de los títulos valores que acreditaban la inversión de Rincón en la capitalización de Superview S.A., los cuales no se encuentran en el expediente.

2.3.- En este punto, el libelista dedica espacio en la demanda para anunciar que *<<la apreciación correcta de la prueba impide que subsista el fallo de condena>>*, toda vez que los medios recaudados acreditan que en la conducta de su asistido no hay la menor insinuación de violar la ley, sino que, por el contrario, se limitó a solicitarle al representante legal de Superview que le fuera reconocida la totalidad de la capitalización, y a su turno ISAZA se limitó a pedirle a la Revisora y a la Contadora que estudiaran el asunto, es decir, que estudiaran y decidieran sobre la inversión extranjera en Superview, hecho que concluyó en la elaboración correcta del asiento contable con base en la documentación que tuvieron a la vista.

Según el demandante, al contrario de lo declarado en la sentencia, la prueba es indicativa <<que BAENA se limitó a hacer una respetuosa solicitud al representante legal de SUPERVIEW y adujo los documentos que consideró conducentes y pertinentes. En ninguna de sus palabras existe la menor inducción o coacción a delinquir>>. En su criterio, en la sentencia ha debido ser considerada como más razonable la explicación de los hechos que descarta la existencia del citado préstamo, en la medida que del mismo no existe el menor rastro documental, ni aparece registrado en los libros de las empresas involucradas, <<la intervención de Rincón en la recepción del dinero puede explicarse en el interés que los socios tenían en cubrir una apremiante deuda de la empresa; el varias veces mencionado Formulario número 4 contiene una declaración jurada en el sentido que esa era una inversión de Bernier en Superview; el abogado Salazar respalda con énfasis ese aserto; no está prohibido pagar el total de la capitalización; nunca Bernier pidió exoneración de sanciones para sí porque no las necesitaba; como no existió préstamo tampoco podía haber pago y afirmar lo contrario supone contrariar de modo grueso la identidad de la prueba>>.

Advierte asimismo, que los yerros en la apreciación probatoria, <<ponen al descubierto que el extraño préstamo a partir del cual se pretende construir la existencia del delito y la responsabilidad, muy lejos está de la certeza requerida por la ley>>, pues según el denunciante, BAENA de manera inexplicable le habría prestado la suma de 108.000.000 a Rincón, y luego, sin razón atendible, habría decidido apoderarse de dicho dinero, resultando asimismo inaudito que se le atribuya a BAENA la condición de determinador del hurto de su propio dinero y

sin que se llegare a demostrar a quién determinó ni las circunstancias en que lo hizo.

Con fundamento en lo expuesto, solicita casar la sentencia recurrida y confirmar la providencia absolutoria de primera instancia en lo que respecta a su representado¹⁶.

3.- ALEGATO DE SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE.

El apoderado de la parte civil constituida a nombre de Acociviles S.A., en escrito presentado durante el término de traslado a los sujetos procesales no recurrentes, solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, mantener la decisión de condena recaída en contra de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

Con relación al **primer cargo** postulado en las dos demandas, considera que los libelistas incurren en el error de postular el reparo al amparo de la causal primera, cuando han debido acudir a los lineamientos de la tercera para formular un cargo de nulidad, pues así ha de procederse si la prescripción ha ocurrido antes de que se profiera la sentencia de segunda instancia.

Anota que más allá de dicha equivocación, el cargo se fundamenta sobre un supuesto equivocado, como lo es sostener que no existía una relación de confianza entre el

¹⁶ Fls. 236 y ss. cno. 2 y fls. 1-156 cno. 3

denunciante y los procesados BAENA RIVIERE y CARLOS HUMBERTO ISAZA, cuando ello, además de no haber sido objeto de discusión en el trámite del proceso, se apoya en inexistentes errores de hecho en la apreciación de la prueba.

De otra parte, respecto del segundo cargo postulado en la demanda presentada a nombre de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, señala que si en el fallo no se hizo referencia a la petición del 23 de febrero de 2001, el demandante no podía alegar un falso juicio de identidad porque el Tribunal no podía errar en la percepción de una prueba que nunca valoró.

En todo caso, dice, el reproche no tiene ninguna vocación de prosperidad, pues en la sentencia no se observa ningún falso juicio de identidad respecto de la solicitud de BAENA, quien pretendía que se hiciera la reversión contable y se le reconociera un porcentaje accionario que no le correspondía.

Agrega que el Tribunal tampoco incurrió en falso juicio de identidad respecto del oficio del 14 de junio de 2001 suscrito por ISAZA y dirigido a BAENA, pues aunque cita textualmente una parte del mencionado documento, ello no significa que haya cercenado o desconocido el espíritu integral de todo el documento, en el cual de forma clara y expresa estaba resolviendo a favor de los intereses de BAENA.

Asegura asimismo que el demandante carece de razón cuando alega falso juicio de identidad respecto de los oficios del 14 de junio de 2001 dirigidos por ISAZA a la contadora y a la Revisora Fiscal de Superview, toda vez que la percepción que hizo de los mencionados documentos corresponde a la verdadera identidad de la prueba.

Estima igualmente que ninguna tergiversación de la prueba ha hecho el Tribunal respecto del oficio del 22 de junio de 2001 suscrito por la Revisora Fiscal y dirigido al representante legal de Superview, pues a su modo de ver dicho escrito parece más el informe respecto del cumplimiento de una orden, que un documento en donde se consignen las razones o motivos que llevaron a tomar la decisión de realizar una reversión contable.

Señala que de manera contradictoria y confusa, el demandante alega varios falsos juicios de existencia por omisión de pruebas que supuestamente acreditarían la transparencia del proceso aplicado previo a la reversión, pero sin exponer de forma detallada de qué manera cada uno de los hechos dejados de percibir incide en la legalidad de la decisión.

Manifiesta que el demandante afirma que en la sentencia se presentan falsos juicios de identidad y de existencia respecto de las pruebas que acreditarían que la reversión contable fue posteriormente respaldada por la mayoría de los socios de Superview S.A., no obstante, a criterio del no recurrente, una

simple lectura de lo consignado en la sentencia de segunda instancia, da lugar a establecer que no hubo ninguna tergiversación en la mencionada prueba, y además, la declaración de Gustavo Adolfo Rodríguez González no tiene el sentido atribuido por el demandante, pues las discusiones realizadas con posterioridad a la reversión contable en nada afectan un hecho anterior.

Indica, de otra parte, que en lo que respecta a las razones dadas por el Tribunal en relación con un préstamo de dinero, el demandante plantea la existencia de 15 reproches ninguno de los cuales logró demostrar, *<<pues los mismos carecen de lógica o veracidad, siendo además claro que no se demostró la trascendencia individual de cada uno de ellos ni mucho menos una articulación grupal de los mismos>>*.

De igual modo, considera que el demandante en su esfuerzo por tratar de demostrar que el Tribunal se equivoca al dar por sentada la ilegalidad de la reversión contable, plantea 6 distintos reproches, ninguno de los cuales debe ser admitido debido a los vicios de fundamentación y certeza que ostentan.

Asimismo, con respecto al segundo cargo de la demanda presentada a nombre de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, considera que el mismo debe ser inadmitido, toda vez que la lectura dada por el Tribunal a las comunicaciones de 23 de febrero y 22 de mayo de 2001 no implica el desconocimiento de su identidad, pues no resulta posible hacer un análisis aislado y literal de las peticiones del

señor BAENA sino que las mismas deben apreciarse teniendo en cuenta el reconocimiento de la verdadera participación de Acociviles en Superview, que siempre se pretendió darle al despojo una falsa apariencia de legalidad, y que lo importante no es lo que digan los oficios sino la actuación desplegada con ocasión de ellos. Además, señala que en lo atinente al testimonio de Luis Fernando Salazar no se advierte ningún falso juicio de existencia, *<<pues dicho testimonio no se puede valorar en los términos parciales que propone el demandante sin hacerle una valoración crítica>>*.

De esta suerte, dice, el Tribunal no incurrió en ningún error al no considerar este testimonio, teniendo en cuenta que su dicho debía descartarse ya que el testigo demostró un inusitado interés en absolver de toda responsabilidad a los acusados *<<posiblemente porque también tuvo participación en los hechos>>*.

Agrega que pese a los falsos juicios de identidad y de existencia que el libelista plantea respecto a las comunicaciones de 14 y 22 de junio de 1991, la nota de contabilidad de 19 de junio de ese año, la certificación de la revisora fiscal del 29 de junio de 2001, así como los falsos juicios de existencia con respecto a las declaraciones de Luis Fernando Salazar y Olga Beatriz Talero Escobar y la indagatoria de Martha Liliana Guevara, considera que ninguno de los reproches planteados se ajusta a la realidad, y que el demandante tampoco cumplió con la carga demostrativa exigida.

Advierte que el libelista plantea la existencia de un error de hecho por falso juicio de identidad respecto de las comunicaciones de 28 de mayo y 5 de junio de 2001, así como de los documentos soportes entregados por la firma Salazar & Asociados y las declaraciones de Juan Carlos Salazar, pues con ellas se acreditaría que Superview S.A. sí contaba con las pruebas requeridas para efectuar la reversión contable sin necesidad de autorización judicial. De igual modo, dice, el demandante propone un falso juicio de existencia respecto de la declaración de Luis Fernando Salazar, la indagatoria de Martha Liliana Guevara y la declaración de Olga Beatriz Talero.

No obstante, en opinión del no recurrente, este reproche también está destinado al fracaso, pues Superview S.A. no tenía la potestad ni los soportes para llevar a cabo la reversión contable a través de la cual se materializó el hurto.

El no recurrente recuerda que en la demanda se acusa la sentencia de incurrir en falso juicio de identidad en la declaración de Manuel Rincón, el Formulario No. 4 de Bancolombia, la comunicación de 15 de enero de 2001 y las declaraciones de Juan Carlos Salazar. Con respecto a este reparo considera que el mismo aparece confusamente formulado, pues no surge claro cuál es el objeto que fue materia de desconocimiento con los yerros de percepción sobre la prueba que denuncia, los cuales además no fueron cometidos por el Tribunal.

Precisa que el demandante también denuncia que en el fallo se cometió un falso juicio de identidad respecto de la comunicación del 22 de junio, la nota de contabilidad del 19 de junio, la certificación del 29 de junio y el acta de la asamblea del 9 de noviembre de 2001. Además, que se cometió falso juicio de existencia por ignorarse las declaraciones de Olga Beatriz Talero y Luis Fernando Salazar, así como la indagatoria de Martha Liliana Guevara Gallego.

Sobre estos reparos recuerda que a ellos se hizo alusión cuando se ocupó de la otra demanda, y considera que el hecho de que los referidos documentos no muestren al señor ISAZA dando una orden específica o materializando él mismo la reversión contable, no significa que ello sea suficiente para desligarlo del rol que llevó a cabo. Agrega que las versiones ofrecidas por las personas mencionadas, además de no ser idóneas para acreditar que la reversión estuvo ajustada a la ley sino que no ofrecen confiabilidad por el ánimo de defensa y la cercanía que tenían con BAENA.

Indica que el libelista denuncia la ocurrencia de un falso juicio de existencia con respecto a la comunicación de 15 de enero, las declaraciones de Luis Fernando Salazar, Olga Beatriz Taler y José Antonio Fonseca; así como de la indagatoria de Martha Liliana Guevara y el dictamen contable rendido por Isidoro Arévalo Buitrago. También, un falso juicio de identidad por tergiversación del libro de registro de accionistas.

Al respecto considera que *<<este reproche se plantea de una forma confusa y ambigua, pues en realidad no se entiende si lo que se está pretendiendo es demostrar la legalidad de la reversión contable o acreditar el hecho de que los títulos no fueron alterados>>*.

Manifiesta que el demandante alega un falso juicio de existencia, al suponer el Tribunal un acta diferente a la aprobada en la asamblea del 9 de noviembre de 2001; un falso juicio de identidad sobre las actas 33 y 34, y la declaración de José Gregorio Flórez; y un falso juicio por “ignoración” de la declaración de Luis Fernando Salazar Vélez.

Sobre el particular el no recurrente estima que el reproche no está llamado a prosperar *<<porque parte de una valoración cercenada de la prueba para lograr una visión distinta a la realidad, siendo por ello claro que el Tribunal no incurrió en ningún error de percepción al observar las pruebas>>*.

Con respecto al falso juicio de identidad que el libelista denuncia haber sido cometido sobre la certificación de la Revisora Fiscal, la nota de contabilidad y la certificación de los días 22, 19 y 29 de junio de 2001, respectivamente, en lo que se relaciona con el número de acciones de Acociviles y su porcentaje, el recurrente es del criterio que *<<el cargo es absolutamente confuso, pues no es claro cuál es el objeto del reproche, ni cuál es la incidencia del yerro probatorio respecto a la sentencia>>*.

Indica, que el demandante denuncia falso juicio de existencia respecto de las comunicaciones de los días 30 de mayo de

2001 y 21 de noviembre de 2002 enviadas por el procesado al denunciante, con las cuales se demostraría que Superview S.A. siempre le comunicó y le dio respuesta a Rincón Guevara respecto de las inquietudes relacionadas con las capitalizaciones de enero y noviembre de 2001. Sobre este particular, el no recurrente es del criterio que tales comunicaciones no tienen incidencia ninguna en las consideraciones del Tribunal.

Sostiene, por último, que pese a la extensión del escrito de la demanda, el cargo y sus finalidades no pudieron acreditarse, pues cada uno de los puntos planteados carece de fundamento lógico o impide llegar a conclusiones como las pretendidas por el demandante.

Solicita, en consecuencia, mantener la decisión condenatoria¹⁷.

4.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal considera que los cargos que las demandas contienen están llamados a prosperar, motivo por la cual solicita a la Sala casar la sentencia impugnada y disponer, en su lugar, la absolución de los procesados LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ de los cargos imputados en la resolución de acusación.

¹⁷ Fls. 162-282 y ss. cno. 3

Por estimarlo necesario para el entendimiento del caso, se refiere previamente a los conceptos de (i) reversión contable, (ii) asientos devengados, (iii) asientos de reversión, (iv) emisión de acciones como forma de capitalización, y (v) el derecho de preferencia. En lo fundamental hizo respecto de ellos las siguientes precisiones:

Reversión contable. Explica que las conciliaciones bancarias y los registros en el libro diario representan las transacciones detalladas, la información financiera en el sistema contable de una compañía, y que los asientos de reversión son solo un tipo de conciliación bancaria y de registro en el libro diario realizado por los contadores, quienes, en su mayoría usan asientos de reversión para retirar los *asientos devengados*, ingresados previamente al libro general de la compañía.

Asientos devengados. Sostiene que la contabilidad devengada requiere que las compañías registren las transacciones a medida que se presentan, como ocurre con la compra de una póliza de seguro por los doce meses siguientes, que demandan realizar un asiento llamado seguro prepago, mientras que otros asientos exigen que las compañías reconozcan los gastos antes de que ocurran. Agrega que los recibos de servicios vienen a menudo en momentos diferentes dentro de los períodos contables, y que para poder reflejar de forma apropiada un gasto de este tipo antes del pago, las compañías deben registrar un gasto devengado en el libro de contabilidad.

Asientos de reversión. Dice que son <<representativos para las futuras transacciones. Cuando llega la información real, los contadores necesitarán revertir sus asientos devengados. Los asientos de reversión serán exactamente lo opuesto a los devengados. Por ejemplo, el asiento devengado de un servicio debitará gastos de servicios y acreditará devengados mensuales. El asiento de reversión acreditará los gastos de servicios y debitará devengados mensuales para eliminar el asiento del libro de contabilidad general>>.

Expedición de acciones. Precisa que una sociedad emite acciones en dos momentos, al constituirse y para capitalización, bajo ciertas reglas. Explica que una sociedad por acciones, como las anónimas, divide su capital en un determinado número de acciones suscritas, las que pueden obtenerse cuando se constituye la sociedad, por cesión, o por emisión de nuevas acciones para capitalizarse. En relación con estas últimas indica que su emisión debe ser autorizada previamente por la asamblea general de accionistas, órgano que debe aprobar igualmente el reglamento de la emisión, donde se detallan sus particularidades como cantidad, características de las acciones, valor, suscripción y el término para el derecho de preferencia, entre otros aspectos.

Derecho de preferencia. Consiste en que los accionistas actuales tienen derecho a suscribir las nuevas acciones emitidas, antes de ofrecerlas al público en general, derecho que se ejerce en forma proporcional al número de acciones que posea al momento de aprobarse la emisión. El término

para la adquisición de las acciones por los accionistas actuales no puede ser inferior a quince (15) días, y su forma de pago, tanto para los actuales como para los nuevos, deberá ser, cuando menos, 1/3 parte al momento de la suscripción, y el saldo a un plazo máximo de un año.

Agrega que cuando las acciones son suscritas y no son canceladas en su totalidad, se expide por la entidad un certificado provisional al nuevo suscriptor, y que solo cuando se cancela en su totalidad se cambia el certificado provisional por el título definitivo o acción. También, que cuando se trata de acciones que no se negocian en los mercados de valores sino que se ofrecen mediante avisos u otros medios de publicidad, es necesario que, como anexo al reglamento, se publique el último balance general de la sociedad, cortado en el mes anterior a la fecha de solicitud de permiso, autorizado por el revisor fiscal.

A continuación aprehende el estudio de las demandas, agrupando los cargos que encuentra afines, así:

4.1.- Cargo primero de la demanda del procesado CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y cargo subsidiario de la demanda del procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

Afirma que del estudio del acta No. 31 de 4 de enero de 2001 se sigue que en la asamblea general de accionistas se

autorizó por unanimidad el aumento del capital suscrito de SUPERVIEW S.A. por la suma de \$720'000.000, que en la reunión se encontraba presente Manuel Arturo Rincón Guevara en calidad de representante de la empresa Acociviles, que el reglamento de emisión y colocación de acciones debía elaborarlo la junta directiva, y que ITM TELEVISIÓN cedía sus acciones en un 8% a Manuel Rincón y en un 17% a Bernier Internacional Corporation.

Agrega que del acta JD-29 del 12 de enero del mismo año se establece, por su parte, que en esa fecha se aprobó el reglamento de emisión y colocación de las 720.000 acciones, a razón de un mil pesos (\$1.000) acción, con fórmula de pago del 60% al momento de la suscripción y el 40% dentro de los 30 días siguientes a la formulación de la oferta realizada por el representante legal de Superview S.A., y se dispuso el ofrecimiento de las nuevas acciones a quienes se hallaban registrados en el libro de accionistas en proporción al monto de sus respectivas participaciones, así: Bernier Internacional Corporation 17%, Manuel Rincón 8% y Acociviles S.A. 25%.

El 15 de enero siguiente, CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, representante legal de Superview S.A., ofertó las acciones a Acociviles, ante lo cual su representante expresó el deseo de suscribir todas las acciones ofrecidas, así: 8% a nombre propio, 25% a nombre de Acociviles y el 17% a nombre de Bernier Internacional Corporation, y procedió a consignar la suma de doscientos dieciséis millones de pesos

(\$216'000.000) a nombre de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), según comprobante de consignación de Bancolombia No.26300927, de la cuenta corriente 126056650-29.

Pone asimismo de presente que el 26 de enero del mismo año, CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en condición de representante legal de Superview S.A., libró a Acociviles la comunicación No. 062 (cuyo contenido transcribe), informando del recibo de caja correspondiente a la cancelación del 60% de la suscripción accionaria y de la cuenta de cobro correspondiente al 40% del saldo pendiente, con la indicación que debía ser cancelado antes del 16 de febrero de 2001.

También destaca el contenido de la comunicación No. 0100 fechada el 30 de mayo de 2001, dirigida por CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ en condición de representante legal de Superview S.A. a Manuel Arturo Rincón Guevara, donde le pide aclarar la situación relacionada con el contenido de un escrito que le envió LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en el que le solicita una certificación sobre la contabilización de una inversión extranjera declarada ante el Banco de Colombia.

Hace igualmente énfasis en la comunicación fechada el 12 de junio de 2001, mediante la cual Manuel Arturo Rincón Guevara da contestación a la misiva relacionada en el párrafo anterior, donde explica que el dinero fue

directamente manejado por él, según las instrucciones impartidas por LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, con quien determinaron que la suma enviada se aplicara <<parte a la capitalización de MANUEL RINCÓN 8% (de propiedad de LUIS BAENA, mandato sin representación de BERNIER INTERNACIONAL CORPORATION) y de LUIS ALFREDO BAENA R. y/o BERNIER INTERNACIONAL CORPORATION en SUPERVIEW S.A. y parte a un préstamo personal de libre inversión a MANUEL RINCÓN G. para la capitalización de ACOCIVILES en SUPERVIEW S. A>>.

Después de este recuento, sostiene que la conducta endilgada a los procesados surge a partir de giro realizado por Bernier International Corporation por la suma de 100.000 dólares y del pago de \$216'000.000 efectuado con este dinero a la Comisión Nacional de Televisión, momento a partir del cual se traba el conflicto sobre el presunto préstamo. Pero que las actuaciones del denunciante en el proceso de capitalización y de reversamiento de los asientos contables resultan inconsistentes.

En concreto, afirma que se presentan dudas sobre la responsabilidad de los procesados, como quiera que el plenario no logró demostrar si existió realmente el préstamo de dinero entre Manuel Arturo Rincón Guevara y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, ni su monto, ni sus términos. Y en dado caso que hubiera existido, no se estableció con qué objeto se hizo, si con ocasión de la oferta accionaria de Superview S.A. o por otro concepto.

Tampoco hay claridad respecto al mandato sin representación, <<que por parte de BAENA RIVIERE se otorgado (sic) al denunciante MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, con el fin de que efectuara la consignación del cheque por el valor de \$216.000.000 con destino a la CNTV y la representación ante SUPERVIEW”, pues no resulta lógico que el denunciante obrara bajo un mandato con el fin de hacer gestiones accionarias con su propio dinero producto del préstamo de LUIS ALFREDO BAENA>>.

Advierte que de los hechos declarados probados por los juzgadores de instancia se tiene, (i) que el denunciante Manuel Rincón Guevara era el representante legal de la sociedad Acociviles S. A. y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE de Bernier Internacional Corporation, (ii) que entre ellos existía una amistad desde 1999 y que en desarrollo de ella celebraron un contrato de promesa de cesión de acciones, mediante la cual se comprometían a invertir un dinero y a gestionar la obtención de una licencia para que Superview S.A. pudiera prestar el servicio de televisión por suscripción a cambio de recibir cada uno una participación accionaria del 25%, (iii) que logrado lo anterior, los socios de Superview S.A. se negaron a realizar la cesión accionaria, por lo que Manuel Arturo Rincón Guevara se vio obligado a adelantar trámite legales con este propósito, logrando que el 20 de diciembre de 2000 le fueran entregadas y liberadas el 25% de las acciones, razón por la cual BAENA RIVIERE le solicitó la recuperación de su participación accionaria bajo la figura de mandato sin representación, (iv) que con el fin de llevar a cabo la capitalización de Superview S.A., la junta directiva emitió el reglamento de emisión y colocación de

acciones, en el que dispuso que estarían limitadas al derecho de preferencia y que su pago debería hacerse el 60% al momento de la suscripción y el 40% restante dentro de los treinta días siguientes, y (v) que dentro de la primera capitalización de Superview S.A. tanto Acociviles como BAENA RIVIERE obtuvieron un paquete accionario del 25%.

Sostiene que de estos hechos no puede concluirse la configuración del delito de hurto con las agravantes imputadas, porque el tribunal, como lo afirman los demandantes, parte de suposiciones respecto de la existencia del préstamo, y que de los documentos aportados es claro que quien aportaba el capital era la empresa Bernier Corporation, la cual adquiriría la totalidad del paquete accionario ofrecido, sin que de su texto surja que la suma consignada estuviera destinada a adquirir acciones a nombre de una persona natural o jurídica distinta.

El Tribunal presume que en virtud de la amistad existente entre BAENA RIVIERE y Rincón Guevara se realizó un préstamo, pero este préstamo nunca se probó, lo que muestra la configuración de los errores que los casacionistas denuncian en la interpretación de las pruebas, porque si en la actuación no obra prueba de los préstamos, ni de la adquisición de las acciones por parte del denunciante como persona natural, mal puede el Tribunal dar este hecho por existente.

Transcribe apartes de un pronunciamiento de esta Sala sobre la adecuada motivación de las decisiones judiciales para indicar que el deber de motivar incumbe tanto al funcionario que dicta la providencia como al representante del ministerio público, y a quienes actúan directamente en el trámite, quienes deben verificar la motivación para que no sea ambigua, ni se funde en meras suposiciones, como ocurrió en este caso, donde el Tribunal endilga responsabilidad a dos procesados por un delito de hurto agravado por la confianza sin que el acervo probatorio ofrezca certeza de la comisión de la conducta.

Cita también jurisprudencia de esta Sala sobre el principio *in dubio pro reo* y agrega que en este caso se dio una negociación entre dos personas que por su experiencia tenían amplio conocimiento del tema y sabían lo que estaban haciendo, y que los demandantes tienen por tanto razón cuando afirman que el Tribunal incurrió en interpretaciones erróneas al analizar las comunicaciones que finamente se cursaron en una negociación de carácter privado, irrelevante para el derecho penal, donde no hubo lugar a engaños ni a apropiaciones indebidas.

Argumenta que no se puede, como lo hizo el Tribunal, <<*suponer o interpretar*>> el contenido de unas actas en las que aparece taxativamente descrito el procedimiento para la emisión de las acciones, la aprobación del reglamento de su emisión y el porcentaje adquirido por la firma inversionista extranjera BERNIER, la cual efectivamente obtuvo el 17%

de la compañía y un 8% a nombre de Manuel Arturo Rincón Guevara, lo que arroja un total del 25% de las acciones, correspondientes al 50% de las ofrecidas y aprobadas en la emisión de capitalización, sin que se evidencie por parte alguna que hubiese existido apropiación de los dineros consignados para su adquisición, o de las acciones.

Además, la reversión de los asientos contables se llevó a cabo dentro de los parámetros legales, <<como obra en el radicado 3003-01-015540, respecto del trámite en irregularidad de suscripción de acciones (sic), asunto solicitud de medida administrativa para la sociedad SUPERVIEW S.A. de fecha 2003/02/05, Resolución del Superintendente Delegado para Inspección Vigilancia y Control, radicado 2003-01-061083, Resolución No.320-000824 y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, Ref. Verbal Impugnación del acta o decisiones de Asambleas ACOCIVILES vs SUPERVIEW, rad.10533 Magistrada Ponente Ruth Marina Rueda, 4 de mayo de 2005>>.

4.2.- Cargo primero de la demanda del procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y cargo subsidiario de la demanda del procesado CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

Afirma que las alegaciones de los defensores de los procesados comprenden tres aspectos fundamentales, (i) la certeza de la existencia del presunto préstamo, (ii) la validez de la reversión contable o corrección de los libros contables

de los accionistas, y (iii) la materialidad de la conducta endilgada a los procesados.

Respecto del tema relacionado en el ordinal (i), afirma que en el proceso obra copia de la consignación realizada a nombre de la Comisión Nacional de Televisión CNTV por valor de \$216'000.000, girados de la cuenta corriente de la firma Salazar & Asociados, pero que no existe un soporte contable como un recibo, un pagaré, o una letra de cambio, ni elemento probatorio alguno del que se establezca la existencia del préstamo, y que lo cierto es que el dinero girado, trátase o no de un préstamo, fue efectivamente invertido en las acciones de la entidad capitalizada, todo lo cual indica que se estaría frente a una conducta atípica, por inexistir apropiación indebida.

Sobre el aspecto mencionado en el ordinal (ii), afirma que la reversión contable es una figura totalmente válida, que fue inspeccionada y vigilada por la Superintendencia de Sociedades, ente competente para evaluar la operación, tal como se desprende del contenido de la actuación surtida en la radicación 3003-01-015440, y demás resoluciones y actuaciones a las que ya se hizo alusión, de las que se concluye que el movimiento contable se realizó con sujeción al reglamento y que no se presentaron irregularidades, como tampoco acciones u omisiones estructurantes de una conducta penal.

Y en relación con el tercer aspecto sostiene, después de recordar que la conducta atribuida a los procesados se presentó con ocasión del giro de los 100.000 dólares por parte de Bernier International, que las actuaciones del denunciante en el proceso de capitalización y de la oferta accionaria son inconsistentes, toda vez que durante el trámite nunca expresó que parte de los dólares era para la titulación de acciones a su propio nombre, no obstante haber sido urgido para que hiciera claridad sobre el punto.

Como el Tribunal omitió apreciar estas circunstancias, es claro que incurre en los errores de apreciación probatoria que los casacionistas denuncian, *<<lo que impide tener un conocimiento a nivel de certeza sobre la responsabilidad de los procesados y la ocurrencia de los hechos, lo que hace indispensable dar aplicación al principio in dubio pro reo>>*.

Con fundamento en lo expuesto, la Procuraduría Tercera Delegada solicita a la Corte casar el fallo recurrido y dejar incólume la sentencia dictada en primera instancia¹⁸.

SE CONSIDERA:

1.- Aclaración previa

La Sala examinará primero los cargos que cuestionan la existencia de la agravante de la confianza en el delito de

¹⁸ Fls. 112- 149 y ss. cno. Corte.

hurto imputado a los procesados recurrentes, y la consecuente prescripción de la acción penal a consecuencia de la prosperidad del cargo, teniendo en cuenta que en las dos demandas estas censuras se plantean como principales y que esto impone su análisis prioritario.

Dicho estudio se hará en forma conjunta, en razón a su identidad temática y la homogeneidad de la pretensión, y porque a pesar de atacar relaciones de confianza distintas¹⁹ se sustentan en los mismos criterios jurídicos y en errores similares de valoración probatoria.

2.- Contenido del cargo

Los casacionistas sostienen, en lo fundamental, que el Tribunal violó de manera indirecta la ley sustancial, a consecuencia de incurrir en errores de hecho en la apreciación probatoria, que determinaron la falta de aplicación de la disposición sustancial que define el principio del *in dubio pro reo*, y que ello dio lugar a la indebida aplicación de la norma que prevé que el delito de hurto se agrava cuando se lleva a cabo *<<aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente>>* a que alude el artículo 241.2 de la Ley 599 de 2000.

2.1.- Con el fin de dar respuesta a la censura, la Sala se ocupará de estudiar los siguientes aspectos, *(i)* el sentido y

¹⁹ En la primera demanda se cuestiona la relación de confianza existente entre el denunciante MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA y el procesado CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, mientras en la segunda se discute la relación de confianza existente entre el denunciante y el procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

alcance de la agravante de la confianza, (ii) la prueba de su existencia, y (iii) el caso concreto. En desarrollo de este último se verificará, (i) por qué se imputó la agravante y respecto de quiénes se predicó, (ii) si la imputación es jurídicamente correcta, (iii) si probatoriamente se presentaron los errores denunciados por los recurrentes, y (iv) las consecuencias jurídicas de la prosperidad del cargo, cuya estimación desde ya se anuncia.

3.- Sentido y alcance del agravante de la confianza.-

El artículo 241.2 del Código Penal de 2000 agrava la pena para el delito de hurto cuando la conducta de apoderamiento de bien mueble ajeno se lleva a cabo <<aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente>>.

Para que se configure la referida circunstancia agravante, se requiere que se cumplan las siguientes condiciones, (i) que exista una relación personal de confianza entre el propietario, poseedor o tenedor de la cosa mueble y el sujeto agente, (ii) que el autor de la conducta entre en contacto material con la cosa o cuente con disponibilidad jurídica sobre ella, en virtud de esa relación de confianza y; (iii) que aprovechando esa relación de confianza la persona se apodere de la cosa.

Siguiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, puede sostenerse que la confianza es la <<esperanza firme que se tiene de alguien o algo>>. Trasladando

este concepto al ámbito jurídico, se concluye que la confianza es un sentimiento según el cual, en virtud de los antecedentes sociales, culturales, laborales, deportivos, religiosos, comerciales, profesionales, de amistad, familiaridad o afinidad, se tiene la convicción de que determinado individuo se comportará según las expectativas que de él se esperan, condiciones en las cuales se puede llegar a suponer fundamente que dicho sujeto también cuidará o administrará, como si fueran propios, los bienes de carácter patrimonial ajenos con los cuales entra en contacto, de suerte que no se apoderará de ellos, ni propiciará o dará lugar a que otro lo haga.

De acuerdo con esta conceptualización, se sigue que la confianza, en cuanto sentimiento, sólo puede ser personal, es decir, predicable exclusivamente del ser humano, lo que excluye los votos de confianza, el prestigio, buen crédito o buen nombre que puedan tenerse en virtud del desempeño, el cumplimiento o la solvencia de una institución o de una persona jurídica en particular.

Así lo ha entendido la Corte en reiterados pronunciamientos, en los que ha sido clara en precisar que esta clase de relación debe ser de carácter personal. En la SP de 17 de enero de 1984 la Sala sostuvo que:

*“... la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslativo de dominio", vale decir, que en ese delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que **en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece***

por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.” (Resalto fuera de texto original).

De igual modo, en la SP de 20 de mayo de 1986, la Sala precisó:

*“Si hay similitudes entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza, también se presentan notorias diferencias; se emplea un verbo rector distinto; en el hurto el autor carece de poder jurídico sobre la cosa, mientras que en el abuso de confianza la detenta a título no traslativo de dominio; en el primero **hay una relación de confianza de carácter personal con el propietario,** mientras que en el segundo es indispensable entre ellos un nexo jurídico que los relacione con el bien.”.* (Destacado adicionado).

En la sentencia de casación de 17 de febrero de 1999, radicado 11093, la Sala sostuvo que para la tipificación de la agravante de la confianza se requiere de la existencia de *relaciones interpersonales* a través de las cuales el sujeto activo logra el apoderamiento indebido de la cosa o al menos, le posibilita su consumación. Así lo señaló:

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

“Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya confiado o entregado con anterioridad,

*sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho habiente y el receptor, entendido éste como la existencia de una comunicabilidad de circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, **contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, si exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación***". (Subrayas y negrillas adicionadas).

Esta postura es reiterada en la SP de 7 de abril de 2010, radicado 33173, sostuvo que:

*"Así mismo, conforme con las configuraciones típicas, mientras en el abuso de confianza existe un poder o vínculo jurídico con el objeto, el título no traslativo de dominio, que implica la obligación de restituir la cosa confiada o entregada al sujeto, **en el hurto agravado se establece una relación de carácter personal -confianza- con el dueño, poseedor o tenedor***". (Destacado fuera de texto original).

Ahora bien, en esta decisión se sostuvo que la confianza podía provenir de:

*"una relación laboral, de la amistad, del parentesco o de servicios gratuitos, **siendo esencial que esa relación entre el dueño o tenedor y el sujeto sea la que facilite o posibilite el apoderamiento, porque lo que caracteriza al comportamiento es la defraudación de la confianza depositada en él***" (se destaca).

Ahora bien, la confianza requerida para la estructuración de la agravante, que como viene de ser visto, debe ser de carácter personal, es distinta de la <<confianza en el sistema financiero>>, o de la que pueda tenerse frente a una determinada institución o persona jurídica pública o privada,

por el buen prestigio de que goce, o los buenos resultados de su gestión en el cumplimiento de su objeto.

Importante es aclarar, igualmente, que la relación de confianza personal no necesariamente debe de ser bidireccional, entendida por tal la que surge de sentimientos recíprocos o mutuos entre el propietario, poseedor o tenedor de la cosa y el sujeto agente, pues la norma lo que exige es que se presente del primero hacia el segundo y no también a la inversa, lo cual resulta razonable si se tiene en cuenta que quien permite el acceso a la cosa es el propietario, poseedor o tenedor, y que lo hace en virtud de la confianza.

Cabe precisar, de igual modo, que confianza no es sinónimo de amistad, familiaridad o afecto, pudiendo incluso no coexistir, pues se trata tan sólo de un situación subjetiva que anima al propietario, poseedor o tenedor de la cosa a depositar la confianza en el sujeto agente, y por ende a esperar de él que actúe con honestidad frente a los bienes ajenos con los cuales tiene contacto.

Necesario es señalar, asimismo, que la confianza debe existir al momento en que el sujeto agente entre en contacto con la cosa, pues lo importante es que se aproveche de la confianza en él depositada, con independencia de que ésta subsista o haya desaparecido al momento del apoderamiento.

También, que el contacto del sujeto agente con la cosa no necesariamente debe ser material, pues el hurto no sólo

puede cometerse cuando se tiene contacto físico con la cosa, sino cuando se ejerce sobre ella disponibilidad jurídica.

4.- Prueba de la existencia de la agravante.

La jurisprudencia de la Sala no ha sido uniforme en torno a la necesidad de probar esta circunstancia, pues algunas veces ha exigido su acreditación, mientras que en otras la presume, dependiendo de la naturaleza del vínculo existente entre el propietario, poseedor o tenedor de la cosa y el sujeto agente, por considerarla implícita.

Esta última postura la ha asumido frente a relaciones patrono-laborales donde aparecen involucrados cargos o empleos de manejo de bienes, como cajeros de banco, empleadas del servicio doméstico, mandatarios, administradores o vendedores, entre otros, por considerar, que son **cargos de confianza o empleados de confianza**, y que en estos casos la existencia del vínculo presupone una relación de confianza, pues de lo contrario no se encomendaría el encargo.

En la decisión de 15 de marzo de 1973²⁰, MP. Dr. Mario Alario D'Filippo, la Corte dedujo la confianza de la *naturaleza del trabajo* que se le confió al sujeto agente. En este sentido estimó que todos los cajeros bancarios son empleados de confianza. Así lo sostuvo:

²⁰ Cfr. Gaceta Jurisprudencial Tomo CXLVI N° 2366 a 2371, pág. 420.

*"El sindicato era ciertamente **empleado de confianza, como lo son todos los cajeros**, sin que por ello pueda afirmarse que los dineros del Banco le habían confiado a título no traslativo de dominio: lo que se le confió fue la función de distribuir diariamente lo necesario para las actividades de la entidad y la de guardar la plata en la caja de seguridad, actividad que le permitía estar en contacto con el dinero, pero no disponer de él ... Reitérase igualmente que estos empleados tampoco administran el dinero del banco, porque no tienen disponibilidad jurídica sobre, él y están atados mediante simple contrato de trabajo con la entidad bancaria que suministra el numerario con el que cumplen sus funciones ... ". (Resaltado fuera de texto original).*

En la SP de 7 de abril de 2010, con radicado 33173, la Corporación analizó la posibilidad de agravar, por la confianza, el delito de hurto cometido contra una entidad bancaria por el gerente y otros de sus empleados, llegando a la conclusión que se tipificaba la agravante bajo el entendido que:

"La confianza en la conducta furtiva agravada puede provenir de una relación laboral, de la amistad, del parentesco o de servicios gratuitos, siendo esencial que esa relación entre el dueño o tenedor y el sujeto sea la que facilite o posibilite el apoderamiento, porque lo que caracteriza al comportamiento es la defraudación de la confianza depositada en él.

*Ahora bien, en la sentencia atacada que se tiene como unidad jurídica inescindible junto con el fallo de primera instancia, se precisa que **la relación de confianza que existía entre la entidad y los procesados originada en el contrato laboral**, de ninguna manera podía identificarse con la confianza generadora de la apropiación en el delito de abuso de confianza, dado que lo determinante en este caso es el vínculo jurídico con el bien, lo cual indica que él y los cómplices carecían de legitimación para tener el dinero.*

*Se dice que hubo un aprovechamiento de las circunstancias propias de la actividad laboral para llevar a cabo los actos de apoderamiento, **derivada de su condición de gerente y de la confianza depositada en él por la entidad bancaria defraudada**". (Resaltado agregado).*

En la SP de 11 de septiembre de 2013, con radicado 37465, la Sala precisó:

*“Cuando el cajero de un banco toma para sí parte o el total de los dineros depositados en la entidad financiera por un cuentacorrentista cualquiera, lo que está realizando son actos de apoderamiento material de cosa mueble ajena, es decir, dicho comportamiento configura el delito de hurto agravado por la confianza y no el de abuso de confianza, pues el empleado bancario no recibe el dinero del cliente a título no traslativo de dominio ni en virtud de la confianza que éste ha depositado en él, a quien las más de las veces ni siquiera conoce, sino en desarrollo del contrato de cuenta corriente del banco con el cliente, por la condición de empleado del establecimiento de crédito **y debido a la confianza que los directivos de la entidad financiera depositaron en él para contratarlo laboralmente y desempeñar la función encomendada como recaudador y pagador de recursos dinerarios**”.*

En la SP de 28 de abril de 2010, radicación 32966, la Sala reiteró el criterio según el cual la relación de confianza se presume de la existencia del vínculo laboral. En esa oportunidad sostuvo lo siguiente:

*“Sin embargo, atendida la dinámica de los hechos, y dado que el sujeto activo en primer lugar se apoderó de la mercancía despachada por la empresa denunciante (las tarjetas de telefonía prepago), **aprovechando su condición de vendedor de ésta,** acción para cuyo agotamiento, aseguramiento, o perfección, ejecutó la falsedad reputada sobre las facturas cambiarias de compraventa, palmario resulta que tal proceder **se ajusta a la hipótesis delictiva de hurto agravado por la confianza,** en concurso heterogéneo con falsedad en documento privado, ambas conductas delictivas cometidas, a la vez, en concurso homogéneo” (subrayas y negrillas fuera de texto).*

En la SP de 4 de mayo de 2011, con radicado 35633, se analizó el agravante de la confianza frente a un abogado contratado por una entidad bancaria para gestionar

procesos ejecutivos, quien no obstante carecer de facultad para recibir, obtuvo la entrega de títulos judiciales cuyo valor no reintegró a la entidad acreedora. La Sala analizó el punto de la siguiente manera:

*“Pero además y para entender la forma en que se apoderó el sindicado de esos dineros el juzgador encontró demostrada la circunstancia prevista en el numeral 2° del artículo 241 del Código Penal, esto es que la conducta se ejecutó aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente, circunstancia que con suficiencia sustentó en prueba indiciaria pues tal elemento lo dedujo a partir de la trayectoria del procesado como funcionario de la Contraloría y de la Rama Judicial y especialmente de su labor como abogado litigante y más en concreto por haber sido por más de 20 años apoderado de la Caja Agraria en la Regional de Sucre; de ese hecho objetivo absolutamente demostrado con la indagatoria del acusado, **construyó la inferencia según la cual éste era persona de confianza** no sólo ante la Caja Agraria, sino también en el ámbito judicial de Sincelejo, valga decir en el juzgado donde cursaba el proceso de ejecución y en la Oficina Judicial de dicha ciudad.*

Esa confianza, en términos del ad quem, fue de la que se valió el encausado para apoderarse de unos dineros en cuyo respecto carecía de la facultad de recibir.

(...)

Al inculminado no se le condenó porque se hubiere apoderado de los dineros a través de inducir en error a los empleados de la Oficina Judicial, sino por apoderarse de aquéllos aprovechando la confianza que en él tenían tanto la Caja Agraria como la citada Oficina Judicial de Sincelejo, dada su relación laboral con aquélla y su trayectoria judicial en ese circuito, de modo que si alguna referencia se hizo a un probable error no fue para precisar el medio de comisión del punible sino para hacer ver su inexistencia o su origen carente de espontaneidad.

(...)

Y como ese elemento confianza lo dedujo acertadamente el juzgador a partir del hecho objetivo de que el procesado llevara más de 20 años como apoderado de la Caja Agraria en esa Regional, es patente que, como lo señala el Ministerio Público, el cargo no puede prosperar” (se destaca).

Un caso similar fue resuelto mediante la SP de 7 de marzo de 2012, radicación 35405, en hechos en los que un abogado de una entidad bancaria celebró un acuerdo de pago con los deudores y se apropió de los dineros. En esta oportunidad dijo la Sala:

*“Así las cosas, los dineros de los deudores morosos de la Caja Agraria que recibió el abogado no le fueron confiados o entregados con anterioridad con base en algún título que no le transfiriera el dominio, al punto que ello fue de manera inconsulta con la entidad crediticia y contrariando el mandato que le prohibía recibirlos, **sino que se aprovechó de la confianza depositada por aquella**, situación que le permitió el apoderamiento de los mismos” (destacado fuera de texto original).*

La línea jurisprudencial de la Corte también tiene su reflejo en la doctrina de la cual se nutre y que a su vez alimenta. Un sector de la doctrina nacional admite que la confianza que califica el delito de hurto puede ser presumida de relaciones que se basan en la buena fe, la lealtad y la honestidad.

Para Pérez²¹, un ejemplo de este tipo de vinculaciones se presenta en el ámbito de lo laboral y la prestación de servicios gratuitos:

*“La confianza no deriva únicamente de **relaciones laborales**, sino también de cualquier vínculo amistoso, de parentesco **o de servicios gratuitos. Se agravan así los hurtos del criado, título este que por fortuna ya no se le atribuye a nadie. También los del empleado a cualquier título, como serían el institutor**, aseo, decorador, jardinero, mesero, cocinero,*

²¹ Cfr. Pérez, Luis Carlos, *Derecho Penal. Partes General y Especial*, Tomo V, Bogotá D.C., Editorial Temis, Bogotá, 1991, página 347.

chofer, bibliotecario, médico, partera, enfermera, sacerdote, vigilante particular, y, en general, todas las personas a quienes se permite el ingreso al lugar donde se encuentra la cosa como el recolector de datos del fluido electrónico, gas, o el que entra a hacer alguna reparación.

Son culpables en forma agravada el notario y sus empleados en lo relativo a testamentos y autenticaciones, y lo mismo el funcionario que va a practicar una inspección o a recibir informes o declaraciones.

*Para aumentar la pena es indispensable que el agente actúe al amparo de la confianza de la víctima, es decir, que se permita el contacto con la cosa **en virtud de la buena fe depositada en él** por el dueño o tenedor. Si este recela o desconfía, y temeroso de alguna sustracción pone vigilancia al sujeto, desaparece la exigencia, pues el hecho se realiza a pesar del cuidado con que se le trata” (resalto no original).*

Ferreira²² y Pabón²³, parten del concepto de buena fe, que sumado a cierto tipo de relaciones permite presumir la confianza. Obsérvese:

*“Dice la academia que confianza es la seguridad que uno tiene en sí mismo y la esperanza que tiene **en la buena voluntad de otro**. Con ello deja un margen de duda en la confiabilidad del prójimo. Así entendida la confianza está acompañada siempre por la buena fe que es la bondad con que se hacen los negocios u otras actividades humanas, en cuanto los asociados manifiestan propósito de ser útiles uno a otro, en beneficio de todos. **Buena fe es creer en la confiabilidad de su prójimo.***

*Esta buena fe es la propia de todo contrato civil o comercial que ata partes en un acto jurídico. Hay confianza **del empleador en la buena fe de su trabajador** a quien entrega sus bienes para desempeño de su tarea; **en el cajero** a quien el banco encarga de recibir dinero de sus cuentas-corrientes; **en el apoderado – como el abogado–** en ejercicio de un mandato que se le ha confiado. Este recibe confianza en el manejo de intereses de su mandante. Si se los apropia al desarrollarse el mandato y llegar a su poder bienes de aquel, como dinero cobrado en proceso*

²² Cfr. Ferreira, Francisco José, *Derecho Penal Especial – Tomo I*, Editorial Temis, Bogotá D.C, 2006, página 416.

²³ Cfr. Pabón Parra, Pedro Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*, Bogotá, D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2011, páginas 415 a 416.

judicial, hay hurto agravado por la confianza, pues se le encomendó la gestión pero no se le hizo entrega del bien que, a ultranza, se apropia” (se destaca).

Duque Ruiz²⁴, recoge como ejemplo de la confianza el famulato, del que presume la circunstancia agravante por el contacto permanente que se tiene con las cosas de la casa en que trabajan, indicando que:

*“Es el denominado famulato, por referencia especial a las fámulas y fámulos, **pues como estos están en contacto permanente con las cosas de la casa en que trabajan**, el hurto que ellos puedan cometer casi siempre estará acompañado de esta circunstancia. La razón de la agravante se encuentra precisamente en **la traición a la confianza que se ha depositado en el autor**, del cual abusa éste para ejecutar con mayor facilidad el delito” (resaltado fuera de texto original).*

La aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia de esta presunción, respondía a la forma como antaño se desenvolvían las relaciones personales, sociales, económicas y laborales, en las que las contrataciones para el desempeño de funciones que involucraran el manejo de bienes se soportaban en la credibilidad, buena fe y la confianza, a las que se llegaba en virtud del conocimiento que se tenía de las calidades personales del sujeto.

Actualmente, el manejo de este tipo de relaciones ha variado. Los cambios económicos y tecnológicos han determinado que la dinámica de las relaciones sociales sea distinta, y que las vinculaciones laborales o profesionales en el campo de la prestación de servicios se realicen con fundamento en

²⁴ Cfr. Duque Ruiz, Guillermo, *Delitos contra el patrimonio económico*, Señal Editora, Medellín, 2015, página 74.

factores distintos de la confianza, como el concurso de méritos, la disponibilidad, la eficiencia, la intermediación de agencias de servicios, la oferta de mercado, entre otros factores, que obligan a que la existencia de la confianza, constitutiva del agravante del hurto, deba en cada caso demostrarse.

Esta postura encuentra sólido respaldo en la tipología de Estado adoptada por la Carta Política de 1991, que lo adscribe al modelo social y democrático de derecho, en el cual se exige que todos los elementos de la conducta punible, incluidas las circunstancias que la especifican y la califican, deban estar probatoriamente acreditadas.

En estas condiciones, la Sala entiende ahora, contrario al criterio que ha venido acogiendo hasta el momento, que la circunstancia de agravación punitiva derivada de la confianza debe siempre probarse, y que no es posible presumirla en ningún caso.

5.- El caso concreto

El denunciante Manuel Rincón Guevara era el Representante Legal de la sociedad Acociviles S.A. y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE de Bernier International Corporation. Estas dos empresas, a la vez, tenían acciones en la sociedad Superview S.A., de la cual era representante legal CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, la primera en un porcentaje del 25% y

la segunda en un porcentaje de 17%. A favor de Rincón Guevara, como persona natural, también aparecía un porcentaje del 8% bajo la figura de mandato sin representación.

El día 4 de enero de 2001, la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Superview S.A. decidió aumentar el capital suscrito de la empresa en setecientos veinte mil acciones (720.000), a razón de un mil pesos (1.000.00) cada una, para un total de setecientos veinte millones de pesos (\$720.000.000.00), las que podían ser adquiridas preferencialmente por los socios hasta en un porcentaje igual al de su participación accionaria.

Esto significa que Manuel Arturo Rincón Guevara podía adquirir hasta 57.600 acciones en condición de persona natural (equivalente al 8%) y hasta 122.400 como representante legal de Acociviles (equivalente al 17%), a razón de un mil pesos (\$1.000.00), y que Bernier International podía hacerlo hasta en 180.000 acciones.

El reglamento de emisión de acciones estipuló que el pago debería hacerse en una proporción del 60% al momento de la suscripción, y el 40% restante, dentro de los 30 días siguientes, contados a partir del día después de la fecha en que el representante legal de Superview S.A. les comunicara la oferta. Esto implicaba que cada uno debía pagar \$108.000.000.00 al momento de la suscripción

(correspondiente al 60%) y \$72.000.000.00 dentro de los 30 días siguientes (correspondientes al 40%).

En la actuación aparece acreditado que BAENA RIVIERE, a través de la compañía Bernier International Corporation, previo acuerdo con Manuel Arturo Rincón Guevara, giró desde los Estados Unidos de América la suma de cien mil dólares (US\$100.000) a la cuenta bancaria perteneciente a la firma de abogados Salazar & Asociados para que ésta procediera a monetizarla, operación que arrojó doscientos veinticuatro millones de pesos (\$224.000.000).

El 15 de enero de 2001 la firma de abogados Salazar & Asociados, siguiendo instrucciones de Manuel Arturo Rincón Guevara, pagó a Superview S.A. la suma de doscientos dieciséis millones de pesos (\$216'000.000), con un cheque que por el mismo valor giró y consignó en el Banco Bancolombia a favor de la Comisión Nacional de Televisión, entidad con la que Superview tenía una deuda.

Lo anterior para cubrir el 60% de los porcentajes de capitalización ofrecidos a Acociviles S.A. (25%), a Bernier International Corporation (17%), y a Manuel Arturo Rincón Guevara –*como mandatario sin representación de BAENA RIVIERE*-, en un 8%, y así se lo hizo saber Rincón Guevara a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, representante legal de Superview S.A., por escrito, quien mediante comunicación del 26 de enero de 2001, le envió el recibo de

caja correspondiente al abono de la referida suscripción accionaria.

A raíz de una comunicación remitida por LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, representante legal de Superview S.A., reclamando que el giro por él realizado tenía por finalidad pagar el 100% de la capitalización autorizada a favor de Bernier International Corporation (17%) y de Manuel Arturo Rincón Guevara, como mandatario sin representación de Bernier International (8%), para un total de 25%, el 14 de junio de 2001, CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ ordenó que internamente se revisaran los asientos contables efectuados con base en la consignación que se había hecho por la suma de \$216.000.000.00.

En cumplimiento de lo anterior, el 19 de junio siguiente, mediante nota de contabilidad número 4, la Contadora Gloria Rodríguez, con el aval de la Revisora Fiscal Martha Liliana Guevara Gallego, reversó las anotaciones por capitalización efectuadas a favor de Acociviles S.A. por la suma de \$108.000.000.00 y de Manuel Arturo Rincón Guevara por \$34.560.000.00, para efectuar dos notas crédito: una por \$106.560.000.00 a favor de Bernier International Corporation como inversión y otra por la suma de \$36.000.000.00 como préstamo por concepto de cancelación de la deuda con la CNTV.

El delito de hurto que se imputa a los procesados CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, se hace consistir, de acuerdo con la resolución de acusación y la sentencia impugnada, en el desconocimiento del abono por la suma de \$108.000.000.00, realizado por Manuel Arturo Rincón Guevara a nombre de Acociviles S.A., correspondiente al 60% de la capitalización que fuera autorizada por Superview, mediante una reversión contable para efectuar dos notas crédito a nombre de Bernier International Corporation.

De acuerdo con estos hechos, que el Tribunal declaró debidamente acreditados, se tiene que el propietario de los dineros sustraídos vendría a ser, para efectos de la determinación de los elementos descriptores del tipo, la sociedad Acociviles S.A., representada por el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, y que los dineros los entregó a la empresa Superview S.A., de la que era por entonces representante legal el señor CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, con el fin de realizar una inversión por capitalización accionaria, donde fueron objeto de apoderamiento.

5.1- Imputación de la agravante por razón de la confianza.

La Corte observa que ni en la acusación ni en la sentencia se hace suficiente claridad sobre las razones por las cuales

jurídicamente se configura esta circunstancia de agravación, ni respecto de quién o quiénes se predica en concreto. Muestra de ello son los apartes que a continuación se extractan de estas dos piezas procesales:

5.1.1.- La resolución de acusación.

« [...] El hurto ha sido definido dentro de nuestro estatuto de penas como el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener para sí o para otro (Art. 329) (sic) y se agrava cuando se aprovecha de la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente (Art. 241 numeral 2).

*« [...] Frente a la calificación jurídica provisional que se debe dar a esta conducta penal relevante, dígase que desde el auto emitido el 27 de octubre de 2005 (fl. 16 C.O. No. 3) la fiscalía determinó - con buen tino- que el delito por el que debía seguirse la investigación era el de **hurto agravado por la confianza**, se consolida cuando entregado el dinero mediante la consignación que se hiciera a nombre de SUPERVIEW a la CNT, ejecutado ese pago, se decide desconocerlo- en la suma que se había acreditado para ACOCIVILES- y entran a hacer las supuestas correcciones del error conforme lo arriba reseñado.*

*« [...] Ahora bien, en lo atinente al probable compromiso penal que se puede radicar en cabeza de cada uno de los protagonistas de la conducta criminal, debemos indicar en primer lugar que el ánimo defraudatorio a la ley surgió en el prestamista LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, **quien como aquí está demostrado a través de los diversos testimonios recibidos a lo largo de la investigación, era amigo personal y socio en varios negocios de RINCÓN GUEVARA, en relaciones de confianza tal que, incluso era su representante en distintos asuntos que les competía a los dos, y que desde luego involucraban dinero, bienes y derechos de contenido patrimonial – de ello dan fe diferentes documentos que militan en el proceso inclusive un poder especial- pero que por razones que no son conocidas de manera concreta en la actuación, se presentaron entre estos dos ciudadanos diferencias graves que llevaron a la ruptura de su amistad y relación comercial y es como al cambiar la relación ese rompimiento se tradujo en que Baena se retractara del préstamo que había otorgado a***

Rincón, retractación que resultó tardía porque el bien entregado con fines de capitalización de la empresa ACOCIVILES ya había acrecentado el patrimonio de Rincón, y es cuando decide emprender la maniobra que es palpable en el instructivo, de reclamar la totalidad de los dineros que se consignaron por cuenta de SUPERVIEW a favor de la CNTV,- pero curiosamente guarda silencio sobre los cinco millones que no consignaron en esa oportunidad y que fueron a parar a las arcas de Rincón, y para ello hace las correspondientes exigencias al representante de SUPERVIEW, CARLOS HUMBERTO ISAZA, quien cede a sus pretensiones y reemplazando la justicia ordinaria y sin permitir que el juez natural decida, motu proprio (sic) decide ordenar la reversión de los asientos contables que daban fe de los registros que se hicieron a favor de ACOCIVILES, para lo cual imparte la orden tanto a la Contadora de la entidad como a su Revisora Fiscal MARTHA LILIANA GUEVARA, persona que en clara desatención de sus deberes profesionales, coadyuva al apoderamiento.

« [...] Así las cosas, se reúnen a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, al estar demostrada la ocurrencia del hecho y la responsabilidad en calidad de coautores de los sindicatos LUIS ALFONSO BAENA RIVIERE, MARTHA LILIANA GUEVARA, y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ» (resalto fuera de texto).

5.1.2.- Fallo de segunda instancia.

En la decisión condenatoria de segunda instancia, en relación con la calificación jurídica de la conducta atribuida a los procesados, el Tribunal se pronunció de la manera siguiente:

« [...] **Recapitulando, está demostrado en el expediente que el referido ciudadano (LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, aclara la Sala) mantenía una relación de amistad con Rincón Guevara, con quien también tenía varios negocios. Sin embargo, a raíz del rompimiento de la relación de amistad, BAENA desdijo del préstamo que había otorgado a su amigo y socio de esa época; situación que aconteció**

cuando ya se había perfeccionado el mutuo y la suscripción de acciones; efectivamente, el dinero ya había sido empleado por Rincón Guevara para capitalizar la participación accionaria de su empresa Acociviles S.A. -108.000 acciones-, lo cual le permitía a éste mantener su porcentaje en Superview S.A.

Entonces, una vez rotas las relaciones, BAENA comienza a reclamar la totalidad del dinero girado como suyo y a requerir a ISAZA RODRÍGUEZ para que corrigiera los certificados accionarios, exigiendo derechos que no le correspondían y cumpliendo finalmente su cometido, que no era otro que despojar a Rincón Guevara a través de Acociviles S.A. de su porcentaje accionario, para así acrecentar su participación en Superview S.A.

Para la Sala, si lo pretendido por Bernier International Corporation era reclamar el dinero que aparentemente le adeudaban, lo procedente era acudir a la jurisdicción civil para ejecutar allí la obligación a que hubiere lugar. Sin embargo, lo que se observa con claridad es el ánimo que en todo momento mostró BAENA para despojar a Acociviles S.A. de sus acciones.

Aprovechando su posición de Representante Legal de Superview S.A. y después de haber realizado contactos con BAENA, procede con fundamento exclusivo en los requerimientos de Baena y sin que existiera permiso de autoridad judicial o justificación legal, a solicitar de la Contadora²⁵ así como a la Revisora Fiscal Martha Liliana Guevara²⁶, que: “procedan a revisar la situación referida a los asientos contables efectuados con base en la consignación que por la suma de \$216’000.000 efectuó Salazar & Asociados”²⁷, asientos contables en los que se reconocían los derechos accionarios de Acociviles S.A. y los cuales después de ser reversados²⁸ mediante nota contable No. 4²⁹, disminuyeron ostensiblemente su porcentaje, acrecentando el de Bernier International Corporation.

*Cabalmente, esa manera de actuar por parte del representante legal de Superview S.A. pone de manifiesto su confabulación, el acuerdo o coparticipación con Baena para consumir el acto de apoderamiento de las acciones suscritas de propiedad de Acociviles S.A., mediante movimientos contables que permitieron acrecentar la participación accionaria de Bernier International. [...] Sin lugar a dudas la conducta se adecua en el tipo penal de **hurto agravado por la confianza y la cuantía** imputada por el ente acusador, pues de un lado, **Rincón confiaba en que ISAZA como representante legal de Superview S.A. sería***

²⁵ Folio 158 cuaderno No. 1.

²⁶ Folio 156 cuaderno No. 1.

²⁷ Folio 81 cuaderno No. 4.

²⁸ Folio 123 cuaderno No. 4.

²⁹ Folio 164 cuaderno No. 1.

imparcial y le daría un uso adecuado a sus recursos de acuerdo a lo ordenado por la Ley y los estatutos; sin embargo, dicha confianza fue defraudada pues éste aprovechó su posición en la compañía para alterar los registros de los accionistas y despojar a Acociviles S.A. de las acciones que legalmente había suscrito y por lo tanto adquirido. En otras palabras, tenía la disposición jurídica de aporte accionario y prevalido de esa condición, **propia de sus funciones como representante legal**, fue como bajo la connivente determinación de LUIS ALFREDO BAENA desarrollaron el suceso delictivo aquí reseñado.

De otro lado, encontramos el agravante de la cuantía, pues el valor de las acciones hurtadas – ciento ocho millones de pesos-, superaba ostensiblemente los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la época de los hechos.

Por lo tanto, al estar reunido el grado de certeza requerido por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 relativo a la materialidad del reato y la responsabilidad de los implicados, sin que medien las causales de ausencia de responsabilidad establecidas en el artículo 32 del Código Penal, se emitirá sentencia condenatoria contra LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE como autor (determinador) y de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ como cómplice del delito enrostrado » (negritas fuera de texto).

5.1.3.- Inconsistencias de la acusación y el fallo.

Como puede claramente verse, en la resolución de acusación la agravante de la confianza pareciera derivarse de la amistad que preexistía entre LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y Manuel Arturo Rincón Guevara, mientras en la sentencia condenatoria no sólo se predica de esta amistad, sino, fundamentalmente, de la expectativa de imparcialidad que Manuel Arturo Rincón Guevara tenía de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ en condición de representante legal de Superview, pues se hace especial énfasis en que Rincón Guevara “**confiaba** en que ISAZA **como**

Representante Legal de Superview S.A. sería imparcial y le daría un uso adecuado a sus recursos” (se destaca).

Esto plantea, de entrada, varios interrogantes que es necesario dilucidar: (i) ¿es relevante la amistad preexistente entre Manuel Arturo Rincón Guevara y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE para efectos de la deducción del agravante?, (ii) ¿existía realmente una relación de confianza entre Manuel Arturo Rincón Guevara y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ que pudiera estructurar la agravante? y, (iii) ¿la expectativa de imparcialidad que Manuel Arturo Rincón Guevara albergaba respecto de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, como Representante Legal de Superview S.A., es suficiente para la estructuración de la agravante?.

5.1.3.1. Relevancia de la amistad preexistente entre Manuel Arturo Rincón Guevara y LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE.

De acuerdo con lo dicho en acápite anteriores, la confianza estructurante de esta agravante debe presentarse entre el propietario, tenedor o poseedor de la cosa, y la persona que habiendo entrado en contacto con los bienes, por razón de la confianza, realiza el apoderamiento.

En el caso que se estudia, los dineros objeto de apoderamiento fueron entregados por Manuel Arturo

Rincón Guevara a la empresa Superview S.A., de la cual era representante CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, quien, de acuerdo con los hechos declarados probados, habría propiciado su desposesión en favor de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, al trasladar la inversión realizada por Rincón Guevara a nombre de Acociviles S.A., a favor de la sociedad Bernier International Corporation, de la que BAENA RIVIERE fungía como representante legal.

Esto evidencia que la amistad que pudiera haber existido entre Rincón Guevara y BAENA RIVIERE para efectos de la deducción de la agravante por razón de la confianza, es jurídicamente intrascendente, porque BAENA RIVIERE no fue quien recibió los dineros objeto de apoderamiento ni tenía la disponibilidad jurídica sobre ellos.

La demanda presentada a nombre del procesado LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, como se recuerda, se orienta a cuestionar la relación de amistad existente entre éste y Manuel Arturo Rincón Guevara, con el argumento de que cuando se presentó la reversión de los asientos contables, operación en la que se hace consistir el apoderamiento, la amistad que entre ellos existía ya había desaparecido y que la agravante, por no ser actual, no podía imputarse.

Con independencia del acierto o desacierto que le pueda asistir al libelista en la postulación de los yerros de apreciación probatoria que plantea, orientados a desvirtuar la existencia de la relación de confianza entre el

denunciante Manuel Arturo Rincón Guevara con BAENA RIVIERE al momento de la realización de la conducta punible, el reparo, tal como se plantea, resulta irrelevante, porque lo cierto del caso es que BAENA RIVIERE no fue quien recibió los dineros ni dispuso de éstos, lo cual descarta la configuración de la causal de agravación a partir de dicho supuesto fáctico, pues, como ya se dijo, la confianza sólo puede ser predicada del propietario, tenedor o poseedor, respecto del autor del comportamiento.

Además de intrascendente e irrelevante, frente a la realidad que la actuación ofrece, el ataque carece de fundamento, por cuanto el hecho de que la confianza exista al momento de la entrega y haya desaparecido al momento del apoderamiento, no descarta su configuración, toda vez que, lo importante, como ya se dijo, es que la confianza exista al momento de tener acceso al bien y que el apoderamiento se lleve a cabo aprovechándose de ella.

En estas condiciones, la demanda resulta acertada en cuanto sostiene que la agravante por razón de la amistad entre Rincón y BAENA fue indebidamente deducida por el Tribunal, pero no por los motivos expuestos por el casacionista, quien afirma que debido a errores de apreciación probatoria se omitió tener en cuenta el rompimiento de la amistad que entre ellos existía, sino porque la confianza que tipifica la agravante debe predicarse entre el propietario, poseedor o tenedor de la cosa, y quien realiza el apoderamiento, y en este caso, se

insiste, BAENA RIVIERE no tenía a su cargo los dineros cuando se llevó a cabo la reversión contable.

5.1.3.2. Existencia de la relación de confianza entre Manuel Arturo Rincón Guevara y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ.

El demandante sostiene que el Tribunal incurrió en los siguientes errores:

5.1.3.2.1. Error de hecho por falso juicio de existencia con respecto a la comunicación de 28 de diciembre de 2000, enviada por el procesado ISAZA RODRÍGUEZ al denunciante Rincón Guevara en su condición de representante legal de Acociviles, en la cual no se advierte ningún tipo de amistad, familiaridad o de relación personal entre ellos.

La mencionada carta, que obra a folios 25 del cuaderno No. 1, dice lo siguiente:

El próximo miércoles 3 de enero de 2001 vence el plazo perentorio establecido por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, para la cancelación de las sumas adeudadas por concepto de la concesión y de las compensaciones originadas en el contrato 213-99, mediante el cual se nos confirió la licencia para la operación del servicio público de televisión por suscripción en el Distrito Capital de Bogotá.

Como es de su conocimiento, con base en los estados financieros de la empresa, es imposible conseguir en el mercado cambiario, los recursos necesarios para la atención de esas obligaciones, sin el cumplimiento de las cuales estaremos expuestos a la inminente declaratoria de caducidad con sus consabidas consecuencias tanto jurídicas como económicas, para la sociedad y para sus accionistas.

Por ello, en la forma más vehemente me permito formularles un último llamado para que contribuyan al esfuerzo que viene adelantando la administración en procura de arbitrar los recursos necesarios para atender dichos compromisos, de los cuales los enteré en mi comunicado 046 de pasado 4 de este mes.

Como puede verse, tal como lo sostiene el demandante, de esta misiva no se concluye nada distinto a que las relaciones entre los representantes legales de Superview y Acociviles eran de índole estrictamente comercial, no de amistad, familiaridad o confianza. Lo único que de su contenido se extracta, es un llamado vehemente a comprometerse en la solución de los problemas económicos por los que la empresa pasaba en ese momento.

5.1.3.2.2. Falso juicio de identidad por tergiversación sobre la comunicación de 15 de enero de 2001, enviada por CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ como representante legal de Superview S.A. a Manuel Arturo Rincón Guevara, en condición de representante legal de Acociviles, en la cual le informa que se pusieron en circulación 720.000 acciones para que fueran ofrecidas a los accionistas, comunicación en la cual no se evidencia ningún vínculo de orden personal entre CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ y Manuel Arturo Rincón.

En esta carta consta que CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en su condición de Representante Legal de Superview S.A., le informa al representante legal de Acociviles, señor Manuel Arturo Rincón Guevara, que la

Junta Directiva, previa autorización de la Asamblea de Accionistas, puso en circulación 720.000 acciones que tenía en reserva, con un valor nominal de un mil pesos cada una, para que fueran ofrecidas a los accionistas de la sociedad “*con sujeción al derecho de preferencia*” en los términos del respectivo reglamento, sin que de la misma se pueda deducir algún tipo de trato personal entre los dos representantes legales.

Y aunque es claro que se trató de una comunicación de índole estrictamente comercial entre los representantes de dos sociedades mercantiles, de la cual no se deduce ningún tipo de vinculación personal para efectos de establecer la existencia o no de confianza, surge obvio que el motivo de la entrega del dinero no se originó en sentimientos personales sino netamente mercantiles.

5.1.3.2.3. Error de identidad al apreciar la comunicación de 15 de enero de 2001, enviada por Manuel Arturo Rincón Guevara a CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, en la que advierte que se notificó del reglamento de emisión y colocación de acciones, de cuyo contenido destaca que los pagos realizados no los hizo a Superview por razón de la confianza en el representante legal de dicha empresa, sino porque debía efectuarlos en la forma dispuesta por la Junta Directiva.

En la referida misiva, que obra a folio 67 del cuaderno No. 1, consta lo siguiente:

Estimado señor Isaza:

Agradezco mucho la notificación del reglamento de emisión y colocación de acciones.

Al respecto le manifiesto que suscribo todas las acciones ofrecidas, en la proporción que me corresponde en el capital de la compañía a título personal, es decir el 8%, la que corresponde a Acociviles Ltda. (25%), y la que le corresponde a Bernier International Corporation (17%).

De acuerdo con sus instrucciones hemos cancelado directamente la suma de doscientos dieciséis millones de pesos (\$216.000.000) a la Comisión Nacional de Televisión, Anexo copia del comprobante de consignación por la suma aludida del Bancolombia”.

De esta comunicación se establece que a pesar de dirigirse en el saludo en términos afectuosos a su destinatario, del cuerpo de la misiva se colige que su naturaleza y fines no son de índole personal sino netamente comercial, en tanto Manuel Arturo Rincón Guevara le informa al Representante Legal de Superview S.A. el hecho de haber realizado un pago a la CNT y que con ello quería significar su pretensión de suscribir, a título personal y en nombre de Acociviles y Bernier International Corporation, todas las acciones que fueron ofrecidas en los porcentajes autorizados para cada cual, pero nada más.

5.1.3.2.4. Error de identidad sobre las ampliaciones de denuncia rendidas por Manuel Arturo Rincón Guevara los días 2 de septiembre y 1º de octubre de 2002, de las que no

se evidencia ningún tipo de relación personal con el representante legal de Superview.

De estas piezas procesales tampoco se establece que el denunciante mantuviera una relación personal de confianza con el representante legal de Superview S.A., CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ. De su contenido lo único que se advierte es la inconformidad de Rincón Guevara porque ISAZA RODRÍGUEZ no le hubiera entregado los títulos definitivos de las nuevas acciones adquiridas por Acociviles.

5.1.3.3. Lo expuesto permite concluir que para la época de los hechos, entre Manuel Arturo Rincón Guevara y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, no se presentaba ningún tipo de vinculación personal que permitiera afirmar la existencia de una expresión de confianza, determinante de la entrega de los dineros por parte de Rincón Guevara a la empresa Superview S.A., ni mucho menos que ISAZA RODRÍGUEZ se hubiera aprovechado de dicha situación para desposeer a Acociviles S.A. de los dineros objeto de la capitalización.

También se sigue que el Tribunal dedujo la agravante por el solo hecho de ser el procesado ISAZA RODRÍGUEZ el Representante Legal de Superview S.A., sin acreditar algún tipo de relación personal con Rincón Guevara. Y, en consecuencia, que el demandante tiene razón cuando postula

que la Corporación incurrió en los errores de hecho por falso juicio de identidad que denuncia.

5.1.4.- Insuficiencia de la expectativa de imparcialidad que el Tribunal predica de Manuel Arturo Rincón Guevara respecto de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, como Representante Legal de Superview S.A., para la estructuración de la agravante.

El Tribunal, en un giro inesperado, pareciera deducir la agravante de la confianza a partir de las expectativas de imparcialidad que Manuel Arturo Rincón Guevara albergaba del comportamiento de CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ como representante legal de Superview S.A., según se evidencia en el siguiente aparte:

*«[...] Sin lugar a dudas la conducta se adecua en el tipo penal de **hurto agravado por la confianza y la cuantía** imputada por el ente acusador, pues de un lado, **Rincón confiaba en que ISAZA como representante legal de Superview S.A. sería imparcial y le daría un uso adecuado a sus recursos de acuerdo a lo ordenado por la Ley y los estatutos; sin embargo, dicha confianza fue defraudada** pues éste aprovechó su posición en la compañía para alterar los registros de los accionistas y despojar a Acociviles S.A. de las acciones que legalmente había suscrito y por lo tanto adquirido. En otras palabras, tenía la disposición jurídica de aporte accionario y prevalido de esa condición, **propia de sus funciones como representante legal**, fue como bajo la connivente determinación de LUIS ALFREDO BAENA desarrollaron el suceso delictivo aquí reseñado.»*

Sobre el particular baste con decir, como ya se advirtió en el inicio de estas consideraciones, que la circunstancia agravante de la confianza debe probarse, y que de las

simples expectativas de buen comportamiento de los directivos de una empresa, o del prestigio, buen crédito o buen nombre de éstas, no es posible deducirla.

El cargo, en consecuencia, prospera.

6.- Efectos de la prosperidad del cargo. Prescripción de la acción penal.

Como quiera que el juzgador aplicó indebidamente la circunstancia de agravación punitiva de la confianza consagrada en el artículo 241.2 del Código Penal, la Corte procederá a excluirla de la sentencia.

Atendiendo la calificación jurídica de los hechos, ocurridos el **19 de junio de 2001**, a los procesados se les atribuye la realización del delito de hurto agravado por la cuantía, de que tratan los artículos 239 y 267 de la Ley 599 de 2000, cuyas normas, sin los incrementos punitivos establecidos en la Ley 890 de 2004, adscriben como sanciones penas privativas de la libertad de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses, montos que vendrían a ser las penas aplicables al caso.

En materia penal el fenómeno prescriptivo de la acción opera en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito imputado, tenidas en cuenta las circunstancias sustanciales modificadoras de la

punibilidad concurrentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior de cinco años o superior de veinte, salvo las excepciones que la propia normatividad establece (artículos 80 del Código Penal de 1980 y 83 del nuevo estatuto).

Dicho término se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada. Cuando esto acontece, debe comenzar a correr de nuevo desde entonces, pero el fenómeno se consolida en la mitad del tiempo respectivo, sin que pueda ser inferior a cinco años, ni superior de diez (Artículos 84 del Código Penal anterior y 86 de la Ley 599 de 2000).

La resolución de acusación en el caso sub judice, como ya ha sido advertido, **causó ejecutoria el 11 de octubre de 2011**, ya que en esa fecha quedó en firme la providencia del 23 de septiembre anterior, mediante la cual se revocó la decisión interlocutoria proferida el 8 de marzo de 2011 en que se calificó el mérito probatorio del sumario con preclusión de la investigación, según constancia que sobre dicho particular corre a folio 134 vto. del cuaderno número 10.

Contados desde el 19 de junio de 2001, esto es desde el momento de realización de la conducta, los nueve (9) años para el delito de hurto agravado por la cuantía, **se constata que se cumplieron el 19 de junio de 2010**, esto es, con anterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación

proferida por la segunda instancia *-lo que tuvo lugar el 11 de octubre de 2011.*

Sobre la base entonces, de la prescripción de la acción penal por el referido delito, la Sala casará parcialmente la sentencia y declarará la cesación de procedimiento a favor de los procesados LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ, toda vez que desde esa fecha el Estado perdió toda potestad para perseguir el delito.

La prosperidad del cargo y el sentido de la decisión que se anuncia, como es apenas obvio, relevan a la Sala de tener que pronunciarse sobre las otras censuras planteadas por los recurrentes, en el carácter de subsidiarias.

En la medida en que en este trámite se ejerció la acción civil, según el artículo 98 de la Ley 599 de 2000³⁰, con respecto a ella también se declarará la prescripción, máxime si el mencionado precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional, al juzgar su conformidad con la Carta Política mediante sentencia C-570 de 2003.

7.- Situación de Martha Liliana Guevara. Prevalencia de la absolución sobre la declaración de prescripción. Línea jurisprudencial. Relativización del principio de prioridad.

³⁰ LEY 599 DE 2000. ART. 98.- **“Prescripción.** La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

Como quiera que la procesada MARTHA LILIANA GUEVARA también fue acusada por la Fiscalía como presunta coautora penalmente responsable del delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, y como la prescripción que se advierte cobija la resolución acusatoria, lo lógico sería que respecto de ella la Corte también declarara la prescripción de la acción penal.

No obstante, como esta Sala³¹ es de la tesis que cuando se presenta tensión entre la alternativa de declarar la prescripción de la acción penal y optar por la absolución, debe resolverse a favor de la que reporte mayor significación sustancial para el procesado, que no es otra que el derecho a la absolución.

Sobre dicho particular³², ha señalado que:

***“Si el derecho de defensa tiene como fin brindar al sujeto pasivo de la acción penal herramientas jurídicas para oponerse a la pretensión punitiva estatal y buscar, de esa forma y por regla general, desvirtuar las pruebas de cargo y, por consiguiente, obtener la declaración judicial de su inocencia, ninguna razón tiene invalidar la actuación con el único objetivo de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando las pruebas recaudadas imponen el proferimiento de una absolución. En esos casos, la mejor garantía de protección del derecho de defensa es la adopción en este momento de la decisión favorable a los intereses del acusado.*”**

³¹ Cfr. Sentencia de casación de 5 de mayo de 2010. Rad. 30948

³² Cfr. entre otras, sentencia de casación de 10 de junio de 2008 Rad. 28693 y casación 27816 de 17 de junio de 2009.

“Recuérdese que, según lo tiene dicho la Sala, “una de las características de la nulidad es que debe prosperar si se advierte que con la sentencia se ha causado un daño al procesado y que con la recomposición del proceso obtendría un beneficio, es decir, un bien”³³ (se resalta, ahora)”.

A este respecto, asimismo la Corte³⁴ ha precisado lo siguiente:

“El reconocimiento de la absolución como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente, implica que frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general.

“También presupone una variación en el concepto tradicional del principio de prioridad, que enseña que los cargos de nulidad deben necesariamente prevalecer en su postulación, estudio y efectos inherentes a ellos, sobre los que sólo plantean errores in iudicando o de juicio, pues frente a esta nueva interpretación doctrinal pierde el carácter absoluto que lo caracterizaba, para tornarse relativo, en virtud de la introducción de nuevos referentes de valoración, distintos de la simple legalidad o ilegalidad del procedimiento.

“Es posible que esta nueva postura doctrinal no sintone con la lógica casacional tradicional, ni con la técnica propia del recurso, pero rescata, sin lugar a dudas, la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional”.

³³ Sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicación 19775.

³⁴ En la referida providencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948.

Como la señora MARTHA LILIANA GUEVARA fue absuelta en las instancias, y dicha decisión no fue impugnada, la Sala la mantendrá en firme.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, oído el concepto de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CASAR parcialmente el fallo impugnado.

SEGUNDO. DECLARAR PRESCRITAS las acciones penal y civil respecto del delito de hurto agravado por la cuantía imputado a los procesados LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRÍGUEZ. Ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado en su contra por razón de esta conducta punible.

TERCERO. En lo que tienen que ver con la absolución dispuesta por las instancias en favor de MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO, el fallo se mantiene incólume.

CUARTO.- DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen, el cual procederá a cancelar las órdenes de captura y las cauciones que hubieren sido prestadas, así como a levantar

la prohibición de salir del país y las medidas cautelares sobre bienes que se encuentren vigentes. Además, de ser el caso, comunicará lo aquí resuelto a las mismas autoridades a las que se les comunicó la medida de aseguramiento, el calificadorio del sumario y las sentencias de primera y segunda instancias.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria