

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP4149-2018

Radicación N° 52228.

Acta 339.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

1. V I S T O S

Se decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el apoderado de las víctimas, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la decisión de absolver a PEDRO NEL OSPINA SANTAMARÍA, FERNÁN IGNACIO BEJARANO ARIAS, JOSÉ ALBERTO SANTANA MARTÍNEZ y MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, por el delito de fraude procesal.

2. A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la sentencia impugnada¹ se tuvieron como hechos probados los siguientes:

- En el año 2004 la empresa OWEN LONDOÑO y Cía., solicitó la aplicación de la Ley 550 de 1999, para la reestructuración empresarial, ante la Superintendencia de Sociedades.
- OWEN LONDOÑO y Cía., era deudora de la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A., en cuantía que ascendía al 37% de las obligaciones pendientes totales de la empresa en reestructuración.
- CORFICOLOMBIANA, a través de su filial CONCECOL, otorgó mandato sin representación a MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO (implicado, supuesto cómplice), con el fin de que adquiriera unas acreencias que tenía la empresa OWEN LONDOÑO y Cía., con la DIAN y la Secretaría de Hacienda de Bogotá.
- Durante el trámite del proceso de reestructuración, el señor MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO (implicado, supuesto cómplice), no informó, que él no era el verdadero adquirente de las acreencias.
- De ese modo, CORFICOLOMBIANA, a través de interpuesta persona, se subrogó en los derechos de los acreedores (DIAN y la Secretaría de Hacienda Distrital); y quedó con el mayor porcentaje a su favor.
- En ejercicio de esa posición de privilegio MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO (implicado, supuesto cómplice), dejó de asistir a las reuniones a que fue citado por el promotor que designó la Superintendencia de Sociedades, para confeccionar el acuerdo de reestructuración de OWEN LONDOÑO y Cía.
- Vencieron los términos para adelantar el proceso de reestructuración y ello dio lugar a que se declarara fracasado; de modo que la Superintendente de Sociedades (Sandra Liliana López Jaramillo), con Auto No. 155-016590 de 10 de abril de 2005, dispuso la liquidación de la empresa OWEN LONDOÑO y Cía.

.- Posteriormente, al enterarse que el verdadero adquirente de las acreencias era CORFICOLOMBIANA, hecho que se desconocía procesalmente, el Superintendente de Sociedades (Arnulfo Rojas Pascuas) emitió el Auto No 405-009025 de 5 de mayo de 2009, que declaró la nulidad del proceso de liquidación de OWEN LONDOÑO y Cía.

2. Procesales

El 14 de febrero de 2013, ante el Juzgado 6º Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación por el delito de fraude procesal a PEDRO NEL OSPINA SANTAMARÍA -representante legal de CORFICOL o CORFICOLOMBIANA S.A.-, FERNÁN IGNACIO BEJARANO ARIAS -miembro de la Junta Directiva de CONCECOL LTDA.-, y JOSÉ ALBERTO SANTANA MARTÍNEZ -representante legal de CONCECOL LTDA.-, como coautores, y a MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, en calidad de cómplice.

El conocimiento del asunto, una vez presentado el pliego de cargos, correspondió al Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá, el que inició la subsiguiente audiencia el 23 de septiembre de 2013. En esta oportunidad, se reconoció la condición de víctimas a Owen Londoño y Cía. S. en C. - en reestructuración, y a las socias de ésta, María Mercedes Londoño Pinzón, Claudia Owen Londoño y María Cristina Owen. La diligencia se continuó el 8 de octubre de 2013 para resolver la solicitud de nulidad elevada por los defensores, y finalizó el 8 de mayo de 2014, con la formulación oral de acusación por la misma conducta punible imputada.

La audiencia preparatoria tuvo lugar los días 11 de septiembre de 2014, 22 de mayo, 9 de junio y 11 de noviembre de 2015.

El juicio oral se desarrolló en sesiones celebradas el 3, 4, 5, 6, 10, 11 y 13 de octubre de 2016. Y, el 4 de noviembre siguiente, el Juzgado profirió sentencia absolutoria, tal y como lo había anunciado.

Al desatar el recurso de apelación promovido por el apoderado de víctimas y la delegada de la Fiscalía; el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia aprobada el 28 de noviembre de 2017 y leída dos días después, confirmó la decisión absolutoria. Ante ello, el primero de aquéllos interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

3. L A D E M A N D A

El recurrente inicia con la enunciación pormenorizada de algunos datos del proceso, en su orden: sujetos, hechos juzgados, actuación, pruebas practicadas, alegaciones finales y las consideraciones de la sentencia de segunda instancia. Enseguida, solicita que se case la decisión absolutoria y, en su lugar, se profiera una de condena, con base en las censuras que se pasan a exponer.

3.1 En un primer cargo, manifiesta que la sentencia violó directamente la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 29 de la Ley 550/1999²; falta de aplicación del artículo 453 del Código Penal³, 6 de aquella normatividad⁴ y 82 de la Ley 222/1995⁵; y aplicación indebida de los artículos 7 y 381 del C.P.P.⁶

Indica que, según lo dispone el segundo inciso del artículo 29 de la Ley 550/1999, en un proceso de reestructuración empresarial, ante la concurrencia de un acreedor o un grupo de compañías, declarado o no, que cuente con la mayoría absoluta de los votos, la decisión sobre la aprobación del acuerdo «requerirá en todo caso del voto igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los acreedores de cualquier clase...». De ahí que, continúa, cuando la organización empresarial no haya sido declarada, sus integrantes deben informarlo al promotor para que se pueda dar aplicación a la prescripción normativa.

De esa manera, aduce el demandante, en el caso se cometió un fraude procesal por el supuesto probado «de haberse ocultado al promotor que Mauricio Rodríguez Agudelo

actuaba como mandatario de Concecol, entidad subsidiaria de Corficolombiana, omisión que a la postre llevó al promotor a concluir que no tenía sentido votar el acuerdo ante la falta de quórum y, por tanto, solicitar a la Superintendencia de Sociedades que iniciara el trámite liquidatorio de Owen Londoño y Cía. S. en C.».

Considera que tal engaño fue suficiente para configurar el delito, pues determinó la apertura del trámite de liquidación obligatoria. En ese análisis, entonces, resultaba innecesario lucubrar sobre la probabilidad de que el acuerdo fuera aprobado por los acreedores restantes, si el promotor hubiese conocido que «Mauricio Rodríguez Agudelo, como mandatario de Concecol, y Corficolombiana actuaban como grupo», así como también determinar si aquél tenía o no la condición de servidor público, toda vez que la autoridad engañada fue la Superintendencia de Sociedades (arts. 6 L. 550/1999 y 82 L. 222/1995).

De otra parte, asegura que se interpretó erróneamente el principio «in dubio pro reo», cuando la duda que planteó el Tribunal recayó en aspectos jurídicos y no fácticos, específicamente en que si la Ley 550/1999 imponía a los procesados la obligación de revelar que Corficolombiana era titular de la mayoría de los créditos y, por ende, de los votos. Frente a ello, sostiene que la norma rectora aludida no es aplicable «frente al alcance de las normas sino frente a la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado», tal y como lo han definido la Corte Suprema de Justicia (SP4316-2015 y sentencia 26909) y la Constitucional (C-205/03 y C-782/05).

Por último, recuerda que la Superintendencia de Sociedades, en el auto 405-009025 del 5 de mayo de 2009, mediante el cual decretó la nulidad del trámite de liquidación de Owen Londoño y Cía., calificó la actuación de Corficolombiana S.A. como «engañosa», «indebida», «abuso del derecho» y «una afrenta al derecho concursal». En consecuencia, ninguna duda en torno a que la conducta debida, en el proceso de reestructuración empresarial, era revelar que aquella sociedad había adquirido otros créditos.

3.2 En un segundo cargo, denuncia el impugnante la violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de identidad del auto No 405-009025 del 5 de mayo de 2009, en la modalidad de tergiversación, que consistió en dar «por no probado estándolo, el hecho fraudulento del fraude procesal». Ese error de hecho, continúa, produjo la aplicación indebida de los artículos 7, 3727, 3828 y 4049 del C.P.P. y la exclusión de los artículos 3010 y 453 del C.P. Así explicó su ocurrencia:

... La Sala no obstante conocer que en el Auto No 405-009025 de 5 de mayo de 2009 de la Superintendencia de Sociedades que señalo (sic) como fraudulenta la actitud de la Corporación y por ello declaro (sic) la Nulidad de la decisión de liquidar la empresa OWEN LONDOÑO Y CIA. S en C., omite la valoración correspondiente a esta prueba distorsionando su sentido, la cercena, para dar por no probado el hecho fraudulento, constitutivo del delito de fraude procesal,...

Otros argumentos que sustentan el cargo son:

- Que Martha Patricia Fandiño Arce, Vicepresidenta de Normalización de Activos de Corficolombiana, al rendir testimonio, reconoció que la finalidad del contrato de mandato celebrado entre MAURICIO RODRÍGUEZ AGUDELO y Concecol fue «aislar las acreencias y evitar que las entidades públicas voten con el empresario».
- Que se vulneraron «los principios generales de la experiencia», por cuanto las personas, en desarrollo de las operaciones mercantiles, «deben obrar conforme a los postulados de la buena fe, de la ética, de la lealtad y la honestidad...». Entonces, asegura, se aplicó indebidamente el artículo 29 de la Ley 550/1999, al omitirse la maniobra fraudulenta de los acusados.
- Que la sentencia «le tuerce el cuello también» al testimonio de MAURICIO RODRÍGUEZ AGUDELO, quien aceptó haber suscrito el contrato de mandato y, en tal virtud, que compró acreencias ocultando que lo hizo a nombre de Corficol. Al efecto, cuestiona que el Tribunal,

en vez de admitir esa confesión del delito, responsabilizara al promotor por no haber investigado los antecedentes de la intervención de aquel mandatario, con lo cual distorsionó el contenido del referido testimonio.

– Que es contradictorio se haya dudado de la condición de servidor público del promotor y, al tiempo, se reconociera que era agente de la Superintendencia de Sociedades.

Por lo anterior, concluye el demandante que el auto No 405-009025 de 2009 «debe ser entendido en su sentido correcto, como demostrativo de que los funcionarios de la Corporación CORFICOLOMBIANA, con sus maniobras fraudulentas hicieron incurrir en error a la Superintendencia de Sociedades que decreto (sic) erradamente la liquidación de OWEN LONDOÑO Y CÍA;...». En resumen, lo debido era «haber considerado la prueba como demostrativa de la conducta sub-judice,...».

3.3 En un tercer cargo, se afirma que la sentencia incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de un falso juicio de existencia, por omisión de las pruebas que demostraban el fraude procesal.

En desarrollo del cargo, el recurrente estima que se desconoció el auto No 155-016590 del 10 de abril de 2005, mediante el cual la Superintendencia de Sociedades dispuso la liquidación obligatoria de Owen Londoño y Cía. Esta decisión, asegura, es ilegal porque fue el resultado de maniobras fraudulentas, pues «de haberse revelado y conocido oportunamente que los votos negativos de Corficolombiana y de Rodríguez Agudelo al Proyecto de Acuerdo preparado por el Promotor provenían en realidad del mismo beneficiario real, se hubiera requerido de un 75% más un voto para su improbación y no del simple 50.31%».

De igual manera, denuncia la omisión del hecho probado, declarado en la sentencia (p. 52), consistente en que los directivos de Corficolombiana impartieron instrucciones a MAURICIO RODRÍGUEZ AGUDELO, para que ocultara la titularidad de más del 50% de los votos, con lo

cual eludían la aplicación del artículo 29 de la Ley 550/1999, y para que no asistiera a las reuniones convocadas por el promotor designado por la Superintendencia.

Por último, sostiene que el auto No 405-009025 del 5 de mayo de 2009, también pretermitido, declaró la nulidad del proceso de liquidación de la sociedad Owen Londoño y Cía., debido al «fraude a la ley» y al «abuso del derecho» en que incurrió Corficol, para bloquear el intento de reestructuración de esa compañía.

4. C O N S I D E R A C I O N E S

4.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del C.P.P./2004, la Corte examina la demanda de casación interpuesta por el apoderado de las víctimas¹¹, con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá del cumplimiento de los requisitos consagrados en el citado estatuto para ese acto procesal que se refieren, básicamente, a la existencia de interés jurídico, al señalamiento de la causal de casación, al desarrollo de los cargos de sustentación y a la necesidad del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

4.2 Sea lo primero advertir que, conforme a lo establecido en el artículo 181 ibídem, el recurso de casación es procedente porque se dirige contra una sentencia de segunda instancia, como fue la proferida el 28 de noviembre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la decisión de absolver a PEDRO NEL OSPINA SANTAMARÍA, FERNÁN IGNACIO BEJARANO ARIAS, JOSÉ ALBERTO SANTANA MARTÍNEZ y MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, por el delito de fraude procesal.

4.3 De otra parte, el demandante se encuentra legitimado para recurrir en casación conforme lo establece el artículo 182, pues es uno de los intervinientes del proceso y la providencia que impugna es contraria a los intereses de quienes representa: verdad, justicia

y reparación. Además, con argumentos similares, interpuso y sustentó el recurso ordinario de apelación contra la decisión absolutoria, proferida por el juez de primera instancia; por lo que, le asiste pleno interés al apoderado de víctimas.

4.4 Sin embargo, la demanda será inadmitida porque ninguno de los cargos formulados sustenta un error en la sentencia, susceptible de estudio de fondo.

4.4.1 En primer lugar, acudió el recurrente a la causal de casación de violación directa de la ley sustancial, para denunciar: la interpretación errónea del artículo 29 de la Ley 550/1999; la falta de aplicación del artículo 453 del Código Penal, el 6 de aquél cuerpo legal y 82 de la Ley 222/1995; y, la aplicación indebida de los artículos 7 y 381 del C.P.P.

Lo anterior, por cuanto los hechos probados, que enseguida describe, configuran el delito de fraude procesal: en el trámite de reestructuración empresarial de Owen Londoño y Cía., se ocultó que la acreedora Corficolombiana contaba con la mayoría absoluta de votos, porque MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO actuaba como mandatario de Concecol, entidad subsidiaria de aquélla. Por esa omisión, el promotor de dicha reestructuración consideró que no se reunía el quórum para adelantar la votación y, en consecuencia, solicitó a la Superintendencia de Sociedades que dispusiera la liquidación de la compañía deudora, lo que, finalmente, ocurrió.

Recuérdese que en el ámbito de la violación directa de la ley sustancial, el debate no gira en torno a la corrección de los hechos declarados en el fallo ni del ejercicio de valoración probatoria a partir del cual aquellos fueron fijados¹², sino de la debida aplicación del derecho. En esa medida, la labor de demostración del vicio consistirá en evidenciar un error por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma constitucional o legal, llamada a regular el caso bajo examen.

En abierta contradicción con la naturaleza de la causal de casación invocada, en la sustentación del recurso se desconoció una premisa fáctica de la sentencia, que resultó

indispensable en el análisis de tipicidad de la conducta de los acusados: que Corficolombiana, a través de su filial Concecol, otorgó mandato sin representación a MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, con el fin de que adquiriera los créditos de los que eran titulares la DIAN y la Secretaría de Hacienda de Bogotá.

La importancia de ese hecho radica en que constituye el ejercicio lícito de una modalidad contractual admitida en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en la legislación civil (art. 2177) como en la comercial (art. 1262); por lo que, mal puede afirmarse que un efecto jurídico consustancial, como es que el mandatario actúe a nombre propio ante los terceros, constituya el «medio fraudulento» utilizado para inducir en error a un servidor público y, por esa vía, obtener un acto administrativo contrario a la ley, que exige el tipo objetivo de fraude procesal.

En efecto, sobre la figura del mandato sin representación, vale recordar que la Sala de Casación Civil de esta Corte (en SC10122-2014, rad. 2001-00633-01, que se remitió a la SC, 16 dic. 2010, rad. 2005-00181-01), ha explicado:

..., en el mandato no representativo, en rigor, el mandatario carece de la representación del mandante, y por consiguiente, actúa a riesgo y por cuenta ajena pero en su propio nombre, en cuyo caso, se presenta como parte directa interesada y frente a terceros figura como titular de los derechos, es sujeto pasivo de las obligaciones, ostenta la posición de parte, tiene legitimación jurídica para exigirlos y está sometido a las acciones y pretensiones respectivas.

La figura legis, precisa que el agente, no obstante actuar por cuenta ajena en virtud del encargo de gestión, lo hace en nombre propio, ya por expresarlo, bien por ausencia de claridad y precisión al tratar con tercero, en cuyo caso, los efectos del acto se radican exclusivamente en su patrimonio. Naturalmente, la fisonomía del mandato no representativo, comporta al interés final del mandante y, por lo mismo, en definitiva sobre

su patrimonio recaerán las consecuencias benéficas o adversas de los actos o negocios comprendidos en el encargo de gestión, ejecutado por su cuenta y riesgo, aunque en nombre propio por el mandatario.

En igual sentido, lo declaró la sentencia impugnada -en primera instancia¹³- citando otro pronunciamiento de la misma Sala de Casación, en el que se afirmó que: «..., el mandato es no representativo, según terminología ampliamente aceptada en nuestro medio, cuando, como ya quedado señalado, no exterioriza a los destinatarios de sus declaraciones que obra por cuenta y riesgo de otro, inadvertencia que, como es apenas obvio, y dado el carácter relativo de los contratos, apareja que entre mandante y terceros no surjan vínculos jurídicos y carezcan, por ende, de legitimación para emprender acciones judiciales entre sí.».

Es más, respecto a la posibilidad de que, en un proceso de reestructuración empresarial, un acreedor se subrogue en los créditos de otro u otros a través de un mandatario sin representación, y sus consecuencias; el juez de primera instancia admitió y valoró como prueba un concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, en el cual se expresó:

..., las acreencias reconocidas y admitidas dentro de un proceso de reestructuración empresarial, efectivamente pueden negociarse libremente entre los acreedores o con terceros a través de todo tipo de contratos, nominados o innominados e incluso usando vehículos que no transfieren ante terceros los derechos, acciones, privilegios y accesorios del acreedor inicial (art. 1670 C.C.).

Ejemplo de un negocio que no genera un reconocimiento por parte de terceros, es lo conocido como mandato sin representación mediante el cual el mandatario aparece como el titular pleno de todos los derechos, aun cuando deba responder frente a su mandante en los términos del contrato celebrado, caso en el cual comparecerán al acuerdo de reestructuración mandante y mandatario como dos sujetos distintos autónomos.

(...).

Ahora, como bien lo indica el demandante, el artículo 29 de la Ley 550/1999 «por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial...», regula las mayorías requeridas para la aprobación de un acuerdo de reestructuración, en los siguientes términos:

Los acuerdos de reestructuración se celebrarán con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos la mayoría absoluta de los votos admisibles. Dicha mayoría deberá conformarse con votos provenientes de por lo menos tres (3) de las clases de acreedores previstas en el presente Artículo. En caso de que sólo existan y concurren tres (3) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos provenientes de acreedores pertenecientes a dos (2) de las clases de acreedores existentes, siempre y cuando se obtenga la mayoría absoluta de votos admisibles; y de existir sólo dos clases de acreedores, la mayoría exigida por la ley deberá conformarse con votos provenientes de ambas clases de acreedores, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en el siguiente inciso.

Cuando un solo acreedor externo de una misma clase, o varios acreedores externos de una o varias clases de acreedores, pertenecientes a una misma organización empresarial declarada o no como grupo para efectos de la ley comercial, emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, para la aprobación o improbación correspondiente se requerirá, además, del voto emitido en el mismo sentido por un número plural de acreedores de cualquier clase o clases que sea igual o superior al veinticinco por ciento (25%) de los votos admisibles.

A partir de esa norma, alega el interesado que, en el trámite de reestructuración de Owen Londoño y Cía., se cumplía el supuesto de hecho contemplado en el segundo inciso, pero que la consecuencia jurídica que el mismo acarrearba -quórum decisorio calificado del 75%-, no fue aplicado por el promotor, sencillamente, porque Corficolombiana le ocultó que, sumados los créditos que tenía a nombre propio y los que adquirió a través de su

mandatario, contaba con la mayoría absoluta de votos –más del 50%-.

Al respecto, debe indicarse que, acreditada la legalidad de la operación mediante la cual MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO adquirió créditos en cumplimiento de un contrato de mandato sin representación, celebrado con una filial de Corficolombiana, así como de la facultad de ocultar a los terceros que actuaba por cuenta y riesgo de otro –mandatario-; se desvirtuó que esas conductas puedan tenerse como las maniobras fraudulentas propias del delito contemplado en el artículo 453 del C.P.

Por ende, la eventual contradicción entre las normas -civiles y comerciales- que permiten al mandatario sin representación celebrar negocios jurídicos, sin declarar que lo hace a nombre de otro, y el referido artículo 29 de la Ley 550 que, para efectos de determinar si el quórum decisorio es del 50 o del 75%, presupondría el deber de los acreedores concurrentes de anunciar la totalidad de sus derechos, incluidos los que haya adquirido mediante cualquier forma de mandato; sería un debate sobre incoherencias en el ordenamiento jurídico que debe resolverse a la luz de los criterios que resuelven las antinomias (especialidad¹⁴, temporalidad¹⁵ y jerarquía¹⁶, p. ej.), y no en el ámbito de protección de la norma que prohíbe el fraude procesal, ni del derecho penal en general.

En cualquier caso, la interpretación literal del precepto jurídico en cuestión, tampoco permite concluir, por lo menos no de manera inequívoca como lo sostiene el demandante, que el supuesto de hecho que regula se cumplía en el evento juzgado, pues el efecto consistente en el aumento del porcentaje de votos necesarios para aprobar –o improbar- un proyecto de acuerdo de reestructuración, se sujeta a la condición de que el acreedor mayoritario o los miembros de la organización empresarial, «emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles,...».

Es decir, una primera aproximación interpretativa permite entrever que la aplicación del segundo inciso del precitado artículo 29, está sujeta no solo a la presencia de un acreedor

que contara con más del 50% de los votos, sino, además, (i) a la realización del proceso de votación, y (ii) a que en éste, los integrantes del grupo empresarial manifestaran una misma voluntad (aprobación o improbación).

En el caso bajo examen, en la sentencia se declaró, y ello es reconocido por la demanda, que el promotor no sometió a votación algún proyecto de acuerdo, comportamiento éste que, conforme a lo anotado, no se adecuaba a la condición normativa analizada. Aquel presupuesto se vislumbra tan fundamental para determinar la aplicabilidad de la norma al caso, que en una eventual votación en la que participaran el representante de Corficolombiana y MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO como acreedores independientes, manifestando voluntades distintas frente al acuerdo; el efecto jurídico que se extraña resultaba abiertamente improcedente.

Ahora bien, el recurrente atribuyó la omisión del promotor al engaño en que se encontraba respecto a los votos que correspondían a Corficolombiana; sin embargo, ese dato no fue declarado en la sentencia y, en todo caso, resultaba irrelevante porque el representante y el mandatario de esa corporación no asistieron a la reunión en que se decidiría la suerte de un eventual acuerdo. Este último hecho probado, que poco o nada es tenido en cuenta en la sustentación del recurso, es importante porque el trámite de reestructuración empresarial es netamente consensual, por lo que la ausencia de los acreedores en las reuniones que en aquel se programen constituye una forma lícita de ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Otra premisa fáctica de la decisión absolutoria que, igualmente, pasa por alto el demandante es que el vencimiento del término para intentar un acuerdo de reestructuración empresarial, fue el motivo por el cual el promotor declaró fracasada la negociación y, a su vez, aquél por el cual la Superintendencia de Sociedades inició el trámite de liquidación de Owen Londoño y Cía. Es decir, esta decisión obedeció al cumplimiento de un precepto legal (art. 27, L. 550/1999), según el cual:

Los acuerdos deberán celebrarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que queden definidos los derechos de voto, mediante decisión del promotor o mediante la ejecutoria de la providencia de la Superintendencia de Sociedades que resuelva las objeciones que llegaren a presentarse.

Si el acuerdo no se celebra dentro del plazo antes indicado, o si fracasa la negociación, el promotor dará inmediato traslado a la autoridad competente para que inicie de oficio un proceso concursal de liquidación obligatoria o el procedimiento especial de intervención o liquidación que corresponda, sin perjuicio de las demás medidas que sean procedentes de conformidad con la ley.

(...).

En ese contexto, las eventuales irregularidades atribuibles a los acusados en una inexistente «improbación» del acuerdo, ninguna idoneidad tenían para desencadenar una ilegal apertura del proceso de liquidación obligatoria de Owen Londoño y Cía. S. en C., tal y como lo determinó la sentencia impugnada.

De otra parte, sostiene el demandante que el Tribunal interpretó erróneamente el principio por el cual la duda favorece al reo, pues lo hizo aplicable al caso por no tener certeza sobre si, en un proceso de reestructuración empresarial, el mandatario que carece de representación tiene el deber de revelar la identidad de su mandante. Ante ello, lo primero que ha de advertirse es que, ciertamente, la norma rectora en cuestión regula el supuesto de la dubitación en la apreciación de los hechos -probados- que constituyen el presupuesto de la responsabilidad penal (arts. 7, inc. 2, y 381 del C.P.P./2004), y no en la labor de interpretación jurídica que realiza el juez.

Sin embargo, el reparo es insustancial, porque el recurrente no acreditó que la supuesta falta de certeza sobre la existencia de la obligación jurídica anotada para el mandatario sin representación, constituyó uno de los fundamentos de la sentencia de absolución, con lo

cual aquél carecería de trascendencia. Y, porque, aunque el Tribunal en el análisis de ese aspecto manifestó que «persisten las dudas»¹⁷, lo hizo para introducirse al debate y, enseguida, dar las razones por las que considera que ese deber de información desnaturalizaría la referida figura contractual. Entonces, el juez de segunda instancia fijó una posición interpretativa sobre el asunto y este proceder descarta la existencia de dudas jurídicas.

Por último, destaca el impugnante que la Superintendencia de Sociedades, en el auto que decretó la nulidad del trámite de liquidación de Owen Londoño y Cía., definió la actuación de los directivos de Corficolombiana como «engañosa», «indebida», «abuso del derecho» y «una afrenta al derecho concursal». Con ello, pareciera alegar, porque no lo expresa, que la calificación de la conducta de un particular como «fraudulenta», realizada por una autoridad administrativa, configura, de manera automática, el delito de fraude procesal, cuando es claro que el juez penal es el competente para hacerlo conforme a los hechos jurídicamente relevantes demostrados en el proceso. Y, en el que se examina, ya se vio, los supuestos fácticos no acarrearán el juicio positivo de tipicidad.

Por ende, la censura en el caso examinado no demuestra un error corregible por vía de casación, certeza ésta porque es necesario acudir a los argumentos esbozados para establecer el defecto de técnica que da lugar a la inadmisión de la demanda.

4.4.2 En un segundo cargo, que se tendrá como subsidiario del anterior, se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de identidad, que produjo la aplicación indebida de los artículos 7, 372, 382 y 404 del C.P.P., y la exclusión de los artículos 30 y 453 del C.P.

En desarrollo de la censura, el impugnante repite que, en el auto No 405-009025 del 5 de mayo de 2009, la Superintendencia de Sociedades determinó que el proceder de Corficolombiana en el trámite de reestructuración empresarial de Owen Londoño y Cía., al

ocultar que controlaba la mayoría absoluta de votos, fue fraudulento. No obstante, asegura, la sentencia «omite la valoración correspondiente a esta prueba distorsionando su sentido, la cercena, para dar por no probado el hecho fraudulento, constitutivo del delito de fraude procesal».

Pues bien, recuérdese que el error sobre la identidad de la prueba puede ocurrir (i) por agregarle contenido, (ii) por cercenarlo y (iii) por alterar el sentido o literalidad de las palabras. Son éstas, tres modalidades de una misma clase de error de hecho, pero, como se puede observar, parten de supuestos fácticos distintos. Siendo así, cuando en un mismo cargo se predica un falso juicio de identidad respecto de igual medio de conocimiento, con base en más de una de las hipótesis fuente, como ocurrió en la demanda examinada, el error específico debe ser determinado, deber no asumido satisfactoriamente en el desarrollo del cargo.

En efecto, el recurrente, primero, cuestiona la tergiversación del auto No 405-009025 del 5 de mayo de 2009, pero, enseguida, alega un cercenamiento que supondría la reducción, no la alteración, de su contenido. Por si fuera poco, también se denuncia la «omisión» de la prueba, alegación que ubicaría el debate en otro error de hecho –el falso juicio de existencia-. En este caso, la indeterminación es aún mayor porque, finalmente, la sustentación del recurso no permite establecer si la prueba fue pretermitida o si, por el contrario, fue apreciada con uno de dos desaciertos sobre su identidad: o distorsionada o mutilada.

En cualquier caso, a más de que, como se indicó frente al cargo anterior, la jurisdicción penal es la única que puede investigar, juzgar y declarar la existencia de una conducta punible; la descalificación que de la actuación de Corficolombiana, desplegada a través de sus directivos y del mandatario MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, hizo la Superintendencia de Sociedades en la precitada decisión, fue objeto de expresa valoración por el Tribunal. Siendo así, el argumento de la demanda viola el principio de corrección material.

Para demostrar ese aserto, basta con citar la página 63 de la sentencia de segunda instancia, en la parte que manifestó: «... OWEN LONDOÑO y Cía., cuestionó la actitud de la Corporación Financiera Colombiana “CORFICOLOMBIANA”, la cual el Superintendente Delegado para Procesos Mercantiles, señaló como fraudulenta y, por ello declaró la nulidad de la decisión de liquidar la empresa OWEN LONDOÑO y Cía., la cual, se había sometido a reestructuración». (Negritas fuera del texto original). De igual manera, en la página 65 se transcribió el fragmento del acto administrativo en el que se atribuyó a la referida Corporación un «abuso del derecho».

Además, el Tribunal no solo aludió al contenido probatorio que el demandante alega, indistintamente, omitido, cercenado y tergiversado, sino que realizó un extenso análisis, a partir de la página 66, en orden a, primero, diferenciar los conceptos de «abuso del derecho», «fraude a la ley» y «fraude procesal» y, segundo, explicar por qué en el caso bajo examen a pesar de que, desde el punto de vista del derecho comercial, se declaró la comisión de aquellas conductas indebidas, éstas no reúnen todas las condiciones típicas que la ley penal exige para la configuración de un delito de fraude procesal.

Después, el demandante recuerda el contenido parcial de dos testimonios: (i) el de Martha Patricia Fandiño Arce, de quien, asegura, reconoció que la finalidad del contrato de mandato celebrado entre MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO y Concecol fue «aislar las acreencias y evitar que las entidades públicas voten con el empresario». Y, (ii) el rendido por dicho acusado, quien admitió la suscripción de ese convenio y que, en su desarrollo, adquirió acreencias ocultando al verdadero propietario.

A más de que el recurrente omitió señalar en qué consistieron, específicamente, los falsos juicios de identidad respecto de las pruebas testimoniales en mención: adición, supresión o tergiversación; esta alegación también desatiende la realidad procesal porque la sentencia dio por sentadas las premisas fácticas que aquél extraña. En efecto, en el acápite 2.1 de la presente decisión se enlistaron los hechos que el Tribunal estimó probados, entre otros los

siguientes:

-. CORFICOLOMBIANA, a través de su filial CONCECOL, otorgó mandato sin representación a MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO (implicado, supuesto cómplice), con el fin de que adquiriera unas acreencias que tenía la empresa OWEN LONDOÑO y Cía., con la DIAN y la Secretaría de Hacienda de Bogotá.

-. Durante el trámite del proceso de reestructuración, el señor MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO (implicado, supuesto cómplice), no informó, que él no era el verdadero adquirente de las acreencias.

.- De ese modo, CORFICOLOMBIANA, a través de interpuesta persona, se subrogó en los derechos de los acreedores (DIAN y la Secretaría de Hacienda Distrital); y quedó con el mayor porcentaje a su favor.

-. En ejercicio de esa posición de privilegio MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO (implicado, supuesto cómplice), dejó de asistir a las reuniones a que fue citado por el promotor que designó la Superintendencia de Sociedades, para confeccionar el acuerdo de reestructuración de OWEN LONDOÑO y Cía.

Es más, en lo que respecta a Martha Patricia Fandiño Arce, en la sentencia se transcribió la parte que exalta el recurrente, que es aquella en la que, ante la pregunta «¿Qué sentido tenía el contrato entre MAURICIO y CONCECOL?», respondió: «Aislar esas acreencias, porque normalmente las entidades públicas votan con el empresario, y en ese momento nos hubiera podido imponer a nosotros como Corporación Financiera Colombiana, un acuerdo inconveniente para nosotros, entonces lo que se pretendió con la compra de acreencias fue marginarlas del acuerdo, tan es así que cuando Bernardo Medina hizo reuniones en su oficina para hablar del acuerdo, MAURICIO RODRÍGUEZ nunca estuvo, porque no iban a votar el acuerdo»¹⁸.

Y, en lo que hace al testimonio del acusado MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, se pretendió mostrar un falso juicio de identidad, cuestionando la conclusión del Tribunal, consistente en que el promotor del acuerdo de reestructuración debió verificar los antecedentes de la subrogación de créditos que aquél realizó. Esa forma de argumentar es inapropiada frente al error denunciado, pues revelaría un error en el razonamiento del Tribunal sin ninguna conexión con la indebida apreciación de la objetividad de la referida prueba.

Así mismo, la presunta contradicción en que incurrió la sentencia cuando, no obstante dudar sobre la condición de servidor público del promotor, reconoció que era un agente de la Superintendencia de Sociedades, es impertinente en la sustentación de un falso juicio de identidad y, en general, de cualquier otro error de hecho. Esa deficiencia afectaría, si acaso, la validez de la sentencia, en punto de su debida motivación; sin embargo, el reparo carece de una debida fundamentación porque no acredita la más mínima trascendencia de la supuesta incoherencia, ni esta Corte la observa.

Por último, el apoderado de víctimas también aludió a una vulneración de «los principios generales de la experiencia», por cuanto las personas, en desarrollo de las operaciones mercantiles, «deben obrar conforme a los postulados de la buena fe, de la ética, de la lealtad y la honestidad...». Este argumento se aproximaría a la sustentación de un falso raciocinio que no se compaginaría con el error de identidad que formula, pero que, en todo caso, es insuficiente para acreditar aquél porque ni señaló cuál sería la prueba que indebidamente así se valoró, tampoco estructuró una regla -de la experiencia- con base en la forma como normalmente acaece un suceso, y menos expuso el concepto de la violación denunciada.

En consecuencia, la censura se inadmitirá, por los desaciertos de técnica en que se incurrió en la formulación del cargo.

4.4.3 En un tercer cargo, se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de un falso juicio de existencia, por omisión de dos decisiones de la Superintendencia de Sociedades: (i) la No. 155-016590 del 10 de abril de 2005, mediante la cual se ordenó adelantar la liquidación obligatoria de Owen Londoño y Cía., y (ii) la No. 405-009025 del 5 de mayo de 2009, que declaró la nulidad de ese trámite, por el «abuso del derecho» y el «fraude a la ley en que incurrió Corficolombiana. Además, considera pretermitido el hecho –probado– consistente en que los directivos de esa Corporación impartieron instrucciones a su mandatario MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, para que ocultara la titularidad de más del 50% de los votos y no asistiera a las reuniones de la negociación.

Desde la transcripción de las premisas fácticas de la sentencia de segunda instancia, efectuada en el acápite 2.1 de la presente decisión, se evidenció que, entre aquéllas, figura que la Superintendencia de Sociedades dispuso, en un primer momento (auto No. 155-016590 de 2005), la liquidación de la Owen Londoño y Cía., debido al fracaso de la negociación de un acuerdo de reestructuración, y, posteriormente (auto No. 405-009025 de 2009), la nulidad de aquél trámite. Así mismo, que MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO adquirió créditos como mandatario de una sociedad filial de Corficolombiana, pero ocultó esta condición y no asistió a las reuniones convocadas por el promotor del acuerdo.

De igual manera, al examinar la admisibilidad del cargo anterior, se demostró que la sentencia impugnada valoró las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades y todo lo concerniente a la actuación del acusado RODRÍGUEZ AGUDELO en el trámite de reestructuración empresarial antes descrito. De esa manera, la argumentación del recurrente desatiende por completo el principio de corrección material, que lo obligaba a ajustarse a la realidad del proceso. En esas circunstancias, el verdadero reclamo del apoderado de víctimas es que las pruebas, efectivamente apreciadas, no hayan sido estimadas como suficientes para demostrar los elementos típicos del fraude procesal,

especialmente el medio para inducir en error a la referida autoridad administrativa y obtener así una decisión ilegal, conforme a los intereses que representa.

Por último, no sobra advertir que el demandante alegó, de manera concurrente y sin distinguir ninguno como subsidiario, falsos juicios de identidad (segundo cargo) y de existencia (tercer cargo) sobre el auto No. 405-009025 de 2009, que decretó la nulidad del trámite de liquidación obligatoria de la sociedad Owen Londoño y Cía., así como, en general, respecto de los contenidos probatorios antes enunciados. Esa forma de proponer los cargos es contradictoria porque denunció que algunos hechos demostrados no se valoraron (error de existencia) y, al mismo tiempo, que sí lo fueron, pero que se desatendió la exacta objetividad del medio de conocimiento (error de identidad).

En síntesis, este último cargo tampoco es admisible.

4.5 Conforme a lo anterior, se inadmitirá la demanda de casación presentada por el apoderado de las víctimas contra la sentencia de segunda instancia que absolvió a PEDRO NEL OSPINA SANTAMARÍA, FERNÁN IGNACIO BEJARANO ARIAS, JOSÉ ALBERTO SANTANA MARTÍNEZ y MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ AGUDELO, dado que no sustentó un solo error de juicio -ni de procedimiento- susceptible de estudio en sede de casación. Además, no demostró la necesidad del examen para lograr una de las finalidades previstas en el artículo 180 del C.P.P.; tampoco detecta la Corte la presencia de alguna de las hipótesis que le permitirían superar sus defectos para decidir de fondo, de conformidad con el artículo 184 ibídem.

4.6 Siendo esa la decisión a adoptar, se advertirá al recurrente que contra la misma procede la insistencia, conforme a las directrices que sobre la materia ha indicado esta Corte en múltiples ocasiones¹⁹.

4.7 En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

Inadmitir la demanda de casación presentada por el apoderado de las víctimas.

Contra esta decisión procede la insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Páginas 42-44

2 «Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se

dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley». El artículo 29 se refiere a la «celebración de los acuerdos».

3 «Fraude procesal»

4 «Promoción de los acuerdos de reestructuración»

5 «Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones». El artículo 82 regula la «competencia de la Superintendencia de Sociedades».

6 Artículo 7: «Presunción de inocencia e in dubio pro reo», y el Artículo 381: «Conocimiento para condenar».

7 «Fines» de las pruebas

8 «Medios de conocimiento»

9 «Apreciación del testimonio»

10 «Partícipes»

11 Owen Londoño y Cía. S. en C. – en reestructuración, y las socias de ésta, María Mercedes Londoño Pinzón, Claudia Owen Londoño y María Cristina Owen.

12CSJ AP, may. 9 de 2012, rad. 37987; CSJ AP, jul. 10 de 2013, rad. 41411; y, CSJ AP, dic. 11 de 2013, rad 42737; entre otras.

13 Página 22

14 La ley especial se prefiere a la general

15 La ley posterior prevalece sobre la anterior

16 La ley superior se impone a la inferior

17 Página 48

18 Página 52

19 AP, 12 dic. 2005, rad. 24322; AP, 7 sep. 2006, rad. 25891; AP, 13 sep. 2006, rad. 25790; AP, 24 ene. 2007; AP, 15 may. 2008, rad. 29251; AP, 9 jun. 2008, rad. 29529; AP, 4 mar. 2009, rad. 31109; AP, 14 sep. 2009, rad. 32256; AP, 24 mar. 2010, rad. 32730; AP. 7 mar. 2012, rad. 37888; AP. 25 jun. 2014, rad. 42597; AP7224-2014, rad. 39900; SP11156-2015, rad. 45305; entre otros.