

Sentencia T-077-09

Referencia: expediente T-1842367.

Acción de tutela de la sociedad Acociviles S.A. contra la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con vinculación oficiosa de Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere, Martha Liliana Guevara Gallego, Gloria Rodríguez y la sociedad Superview S.A. en liquidación.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá, D. C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por las Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de noviembre de 2007 y 31 de enero de 2008, respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por la sociedad Acociviles S. A. contra la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.

I. ANTECEDENTES.

El señor Manuel Arturo Rincón Guevara, actuando como representante legal de la sociedad Acociviles S. A., y por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, con ocasión de la decisión dictada el 26 de septiembre de 2007, en la que dispuso precluir la investigación dentro

del proceso penal radicado bajo el numero 639.449, adelantado contra Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, por el delito de hurto agravado por la confianza. La solicitud de tutela, se apoya en los siguientes

1. Hechos.

Indica la accionante, que la sociedad Superview S. A., constituida mediante escritura pública N° 1666 del 5 de agosto de 1993, celebró con la Comisión Nacional de Televisión, el contrato de concesión N° 213-99, para la explotación del servicio de televisión por suscripción.

Señala que los accionistas de Superview S. A., señores Erick Eduardo García Duarte y Eduardo García Moreno, celebraron un contrato de cesión de acciones, en el año 1999, con Manuel Arturo Rincón Guevara y Luis Alfredo Baena Riviere, en el que los primeros cedían el 25 % de la participación accionaria a cada uno de los segundos, “donde Rincón entregaba unos dineros y se encargaba de todo el trámite para la obtención de la Licencia”¹.

Agrega que una vez obtenido el resultado favorable, los accionistas de Superview S. A., en principio, se negaron a realizar la respectiva cesión accionaria, razón por la cual el señor Rincón, realizó todas las gestiones tendentes para el cumplimiento de lo pactado, logrando finalmente que el 20 de diciembre de 2000, fueran entregadas cuarenta y cinco mil (45.000) acciones ordinarias, equivalentes al porcentaje acordado en el contrato de cesión de acciones.

Efectuado lo anterior, Superview S. A. por intermedio de su gerente y secretario, certificó, emitió y entregó un certificado provisional por las mentadas acciones, a nombre de la sociedad Acociviles S. A.

Pone de presente, que cuando el señor Baena se enteró de la recuperación de las acciones, comisionó a Manuel Arturo Rincón Guevara “para que recuperara las de él”², solicitándole inicialmente que fueran emitidas a nombre de BFS S en C, “sociedad cuyos accionistas eran BAENA y familia.”³

Sostiene que recuperadas las acciones, y por instrucciones del mandante, el señor

Rincón adquirió a su nombre el porcentaje equivalente al ocho por ciento (8%) y el diecisiete por ciento (17 %) a favor de Bernier Internacional Corporation, de lo cual da cuenta el acta N° 31 del 4 de enero de 2001, en la que se encuentran plasmadas las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Superview S. A..

Afirma que en la misma reunión, se dispuso capitalizar la sociedad Superview S. A., atendiendo la precaria situación económica de la empresa, razón por la cual “se aprobó la emisión de nuevas acciones mediante la figura del aumento de capital suscrito por la suma de Setecientos Veinte Millones de Pesos (\$720'000.000.00)”⁴, quedando establecidos los parámetros correspondientes, en el reglamento de emisión y colocación de acciones, el cual fue aprobado por la Junta Directiva de la misma sociedad comercial, mediante acta N° JD-29 del 12 de enero de 2001.⁵

El mismo día, el señor Rincón con el fin de darle cumplimiento a lo acordado en la emisión y colocación de acciones, manifestó que tenía intención de capitalizar en los porcentajes en que se encontraba representado, es decir, Acociviles S. A., en un 25 %, Bernier Internacional Corporation, en un 17% y Manuel Arturo Rincón Guevara, en un 8%, éste último como mandatario sin representación.

Así las cosas, el valor de las acciones en su equivalente al 60% del primer pago de la capitalización, conforme al reglamento de emisión y colocación de acciones, fue de \$ 216.000.000, “con lo que se pago, como ya se dijo a la Comisión Nacional de Televisión, por el término a vencer, término que se hacía necesario en virtud a que se podía perder la licencia, objeto del contrato.”⁶

Entonces, el representante legal de Superview S. A., señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, mediante comunicación del 26 de enero de 2001, envió al señor Rincón, el recibo de caja correspondiente a la cancelación del 60% de la suscripción accionaria.

Enfatiza la actora, que luego de la operación comercial efectuada, el señor Rincón mediante comunicación del 26 de enero de 2001, le allegó al señor Luis Alfredo Baena Riviere, “los títulos originales de las acciones que recuperó (...) y que por instrucción suya, se le cedió a nombre de BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION en el porcentaje del 17%, al igual que las que recibió a nombre propio como de Manuel Arturo Rincón

Guevara, en el porcentaje del 8%, para un total de 25% de las acciones, recuperadas para Baena, que recibió como mandatario sin representación.”⁷

Agrega, que lo anterior permite deducir que con posterioridad a la capitalización, el señor Manuel Arturo Rincón cedió el 8 % de las acciones a Bernier, lo que no debe entenderse como una cesión del número de acciones que a nombre propio suscribió en la capitalización dispuesta el 4 de enero de 2001, “es decir, mantuvo el dominio que le correspondió por haber celebrado el contrato de suscripción sobre cincuenta y siete mil seiscientos (57.600) acciones.”⁸

Indica la accionante que no obstante la negociación efectuada, Baena Riviere de común acuerdo con el representante legal de Superview S. A., señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, “reversaron la capitalización de ACOCIVILES, sin contar con la debida autorización judicial para el efecto”⁹, actuación que considera violatoria de toda la normatividad estatutaria, y de las normas legales en materia comercial aplicables al caso, esgrimiendo como argumento para efectuar esta operación de manera unilateral, que el dinero utilizado por el señor Rincón para la capitalización, no le correspondía, “cuando es evidente que no es competencia de los administradores de la sociedad este tipo de determinaciones frente al dinero entregado por ACOCIVILES S.A. para la señalada capitalización.”¹⁰

Adicionalmente, señala que al momento de solicitar autorización ante la Comisión Nacional de Televisión, para realizar la cesión de las acciones, Luis Alfredo Baena aportó un anexo que da cuenta de que el 7 de junio de 2001, él aceptó la oferta de capitalización, es decir, 5 meses después de haber hecho la respectiva capitalización, y cuando el término de aceptación de la oferta se encontraba vencido, situación que “deja en evidencia que los documentos aportados no corresponden a la realidad y se constituye en una de las tantas conductas irregulares en que incurrieron los inculcados, para apoderarse de una participación accionaria, que no les correspondía”¹¹, desconociendo de igual manera, que el señor Rincón Guevara, dentro del término de aceptación de la oferta, aceptó la capitalización en la proporción a sus porcentajes, tanto los correspondientes a Acociviles S. A., sociedad en la que funge como representante legal y los del mandato sin representación.

En ese orden de ideas y comoquiera que la Sociedad Acociviles S. A., no obtenía los títulos accionarios producto de la capitalización efectuada por Superview S. A., decidió presentar denuncia penal, “por haber sido víctima de estafa y falsedad”¹², correspondiendo su conocimiento a la Fiscalía Seccional 157 de la Unidad Tercera de Fe Pública y Patrimonio, quien decidió abrir la investigación penal con averiguación de responsables, por no ir dirigida contra persona determinada la denuncia.

Posteriormente, Acociviles S. A. presentó demanda de constitución de parte civil contra los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere, Martha Liliana Guevara Gallego y Gloria Rodríguez, última demandada, que no fue llamada, ni vinculada a la investigación penal, no obstante su responsabilidad, pues era la contadora de Superview “y conocedora de las conductas expuestas en la mentada denuncia, en detrimento del patrimonio de ACOCIVILES S.A.”¹³

Agrega que durante la etapa de instrucción, las tres primeras personas fueron formalmente vinculadas a la investigación, rindiendo las correspondientes indagatorias, las cuales plantean notables contradicciones, “entre los dichos y las pruebas documentales aportadas por ellos mismos, así como lo expresado por cada uno de ellos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos.”¹⁴

Señala la peticionaria, que desde el inicio de esta etapa procesal, los defensores de los inculcados, comenzaron a solicitar la preclusión de la investigación, solicitudes a las que no accedió la Fiscalía 157, “por cuanto las pruebas, no desvirtuaban los hechos denunciados, razón más que suficiente, para que no prosperaran las peticiones.”¹⁵

Afirma la sociedad comercial actora, que mediante decisión del 27 de octubre de 2005, la citada autoridad judicial, negó la preclusión de la investigación solicitada por el defensor de Carlos Humberto Isaza Rodríguez, bajo la consideración de que no existía certeza sobre la inexistencia del delito. Contra esta decisión, fue interpuesto recurso de reposición, y en subsidio, apelación.

Resuelto el primer recurso, la decisión fue confirmada, en tanto “aún existían muchas dudas en torno al actuar del procesado, no solo por sus afirmaciones en la indagatoria sino también por los escritos remitidos al denunciante y diferentes autoridades y

por los aportados por los mismos sindicatos al expediente, que impiden acceder a dar aplicación al contenido del artículo 39 del CPP.”¹⁶ En consecuencia, concedió el recurso de apelación solicitado.

Pone de presente que el defensor de la sociedad Acociviles S. A., solicitó que no se revocara la decisión dictada por el a quo, bajo la consideración de que “existía material probatorio suficiente, para confirmar los hechos denunciados, además existen pruebas por practicar, las que se hacen necesarias para determinar las conductas denunciadas, y así poder calificar el mérito del sumario.”¹⁷

En segunda instancia, le correspondió el estudio al Fiscal 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, funcionario que mediante providencia del 26 de septiembre de 2007, dispuso revocar la decisión impugnada, ordenando en consecuencia la preclusión de la investigación “a favor de todos los inculcados.”¹⁸

En suma, para la demandante la providencia dictada por la Fiscalía 22, adolece de graves y flagrantes violaciones, desde el punto de vista sustancial y formal, que pueden sintetizarse así:

* Concedió la preclusión a favor no sólo del impugnante, señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, sino que adicionalmente la hizo extensiva a Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, “sin individualizarlos y motivar la causa o circunstancia por la que eran merecedores de dicho beneficio, así como tampoco expuso la conducta de cada uno frente a la consumación o no de los delitos imputados.”¹⁹

* El funcionario judicial demandando, le dio mayor valor probatorio a las indagatorias de los sindicatos, que a los peritajes, documentos y demás medios de prueba “que confirman uno a uno, los hechos punibles objeto de la denuncia, que habían sido sujetos a la contradicción de los sindicatos y estos no pudieron desvirtuarlos”.²⁰

* Desconoció (i) el dictamen pericial rendido ante el Tribunal Superior de Bogotá y la declaración de un accionista, que fueron allegados al proceso penal como pruebas trasladadas; (ii) el dictamen rendido por el perito del C.T.I., el cual fue decretado y ordenado por el Fiscal de primera instancia; (iii) el testimonio del profesor Saúl Sotomonte Sotomonte, “reconocida autoridad en Derecho Comercial”²¹ y (v) las resoluciones de la Superintendencia de Sociedades, pruebas que en sentir de la sociedad comercial demandante, “dan la certeza de que los hechos denunciados si fueron cometidos, y los sindicados son los verdaderos responsables, además de posiblemente encontrarse otro número de delitos en concurso, ya que en su afán de esconder el primero, han venido desarrollando una cadena de conductas, convirtiéndose en conductas permanentes; por lo tanto, no puede el Fiscal Delegado hablar de una prescripción, porque tampoco se da, ya que la primera falsedad, ha sido utilizada hasta la fecha, obteniendo con ella beneficios a los sindicados y graves perjuicios al denunciante.”²²

* Se apartó de la normatividad comercial referente al aspecto societario, cuestión que fue reconocida expresamente por el Fiscal de segunda instancia, al indicar que en efecto el libro de accionistas fue alterado, “sin que mediara autorización o mandato judicial para ello, pero sorpresivamente lo prohijó, tras señalar que obedeció a una simple reversión de los asientos contables, amparada en una dudosa interpretación de documentos, que incluso está desvirtuada pues obra dictamen pericial contable, en que se concluyó que la supuesta reversión es violatoria del Decreto 2649 de 1993.”²³

Así las cosas, considera la accionante que la decisión objeto de reproche, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, al negarle la posibilidad que tienen todas las personas en la misma condición de ejercer los derechos contenidos en la normatividad jurídica vigente y aplicable a su favor, y al debido proceso y acceso a la administración de justicia, pues incurre en defectos sustantivos, al negar la aplicación de normatividad vigente y aplicable, y de otra parte, en defectos fácticos, “pues desconocieron flagrantemente las pruebas obrantes en el expediente, que habían sido sometidas a la contradicción de los sindicados, sin que estos hubieren podido desvirtuar lo probado por estos medios.”²⁴

Por último, considera la sociedad comercial demandante, que las personas sindicadas contribuyeron al detrimento económico de la sociedad Acociviles S. A, pues con las maniobras realizadas lograron el control de Superview S.A., para luego terminar vendiéndole la mayor participación a Telmex.

2. Fundamentos de la acción.

En primer lugar, estima que la decisión objeto de reproche carece de fundamento objetivo y razonable, pues la autoridad demandada parte del equívoco de que mediante una reversión contable unilateral, es factible cancelar los registros efectuados en el libro de accionistas, emitiendo en consecuencia los títulos a favor de otro accionista, “so pretexto de que el suscriptor hubiese pagado el valor de las acciones con dineros apropiados indebidamente a ese otro accionista”²⁵, lo cual de conformidad con lo previsto en la normatividad comercial, no es procedente.

Así las cosas, la actora consideró que la justificación dada por el funcionario judicial demandado, desconoció lo previsto en el artículo 384 del Código de Comercio²⁶, pues el negocio jurídico derivado del contrato de suscripción de acciones, se perfecciona a partir del acuerdo de voluntades, es decir, surte plena eficacia jurídica cuando la sociedad recibe la aceptación de la oferta, y reúne las condiciones para ese fin exigidas, lo que determina que es a partir de ese momento que surge el nexo de obligatoriedad entre la sociedad emisora y el suscriptor, en el sentido de que éste se obliga a pagar un aporte y a someterse a los estatutos que rigen la compañía, mientras que la primera asume la obligación de reconocer a aquél el estatus de accionista y a entregarle el título correspondiente, luego de efectuar la inscripción en el libro de registro de acciones.

Igualmente, estimó que se apartó de lo previsto en el artículo 416 de la misma normativa²⁷, en el sentido de que si la disposición establece expresamente una prohibición para que los administradores no se nieguen a efectuar inscripciones en el libro de registro de acciones, salvo que exista orden de autoridad competente o restricción legal que determine su improcedencia, “con mayor razón están impedidos para revocar o modificar discrecionalmente la inscripción realizada luego de haberse perfeccionado un contrato de suscripción, lo que se explica tras atender los efectos del

negocio jurídico.”²⁸

A partir de estas previsiones normativas, el accionante estimó que la reversión unilateral de la capitalización de Acociviles S. A., efectuada de común acuerdo entre el señor Baena Riviere y el representante legal de Superview S.A., señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, sin la existencia de orden de autoridad competente, y bajo la consideración de que el dinero utilizado por Manuel Arturo Rincón Guevara para la capitalización no le pertenecía, “cuando es jurídicamente claro que no es competencia de los administradores de la sociedad este tipo de determinaciones”²⁹, se constituye en una razón fundamental para que la accionada no hubiera dispuesto la preclusión de la investigación, razón por la cual se trata de una actuación judicial arbitraria, que configura una vía de hecho por defecto sustantivo.

De otra parte, la sociedad demandante indicó que la providencia objeto de reproche, desconoció el artículo 132 del Decreto 2649 de 199330, disposición que prevé que los simples errores de transcripción en los libros de contabilidad, se deben salvar mediante una anotación al pie de la página respectiva o por cualquier otro mecanismo de reconocido valor técnico que permita evidenciar su corrección, “más no admite reversiones o correcciones de otro tipo.”³¹

Al respecto, indicó que de conformidad con los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Sociedades, las anotaciones al pie solamente proceden en los casos en que se cometan “simples errores de transcripción”³², circunstancia que no se ajusta a lo sucedido, pues la reversión implicó la modificación del quórum de la asamblea ordinaria de accionistas celebrada el 9 de abril de 2001, decisiones que se vieron reflejadas en el acta N° 33, en la que fue efectuada una anotación con el fin de ajustarla a una decisión adoptada el 9 de noviembre de 2001, por la misma asamblea de accionistas, de lo cual da cuenta el acta N° 34, “con lo cual el quórum reflejado en el Acta No 33 no coincide con la composición accionaria registrada en el libro respectivo para esa misma época, ni con las decisiones tomadas por esa asamblea.”³³

Por último, la actora considera que la decisión judicial impugnada, incurre de igual forma en un defecto sustantivo, al negar la aplicación del artículo 2177 del Código Civil³⁴, referente al mandato sin representación, para lo cual acude a los parámetros

establecidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³⁵, al indicar que “el mandato sin representación no produce efectos frente a terceros dado que entre mandante y mandatario existe, por hipótesis, un contrato de mandato civil o mercantil llamado a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación, se repite, no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en el de su mandante. En conclusión, no existe vínculo directo del mandante y los terceros como si se presenta en el mandato común, lo que en materia de obligaciones lleva a sostener que, es tesis general, tratándose del mandato no representativo no hay un nacer, espontáneo e inmediato, de prestaciones a favor del tercero contra el mandante o viceversa.”³⁶

En ese orden de ideas, pone de presente que las actividades realizadas por el señor Rincón Guevara, en ejercicio de los mandatos conferidos (enero 3 a junio 6 de 2001), fueron cumplidas cabalmente hasta su revocatoria, razón por la cual fueron válidas, legítimas y transparentes, pues se ejecutaron en presencia de quienes tenían interés legítimo para participar en ellas, y no como lo indicó el representante legal de Superview S. A., en la diligencia de indagatoria al sostener “que solo tuvo conocimiento de esta situación hasta el 26 de febrero de 2001”³⁷, situación que no tiene explicación, pues en la asamblea del 9 de abril de 2001, no puso de manifiesto, “lo que afirmó saber, dos (2) meses atrás.”³⁸

De igual forma, señaló que la calidad de mandatario sin representación del señor Rincón Guevara, fue probada con la denuncia, el peritaje, y por el mismo Luis Alfredo Baena. Al respecto, este último afirmó bajo la gravedad del juramento ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, que “fue el mismo Manuel Arturo Rincón quien tenía el encargo que Bernier tuviera el 25%”.³⁹

En la misma diligencia, y con ocasión de la pregunta formulada en relación con el acta N° 31, indicó que allí está establecido que “el accionista ITM Televisión, S.A., manifestó su deseo de ceder acciones a Eric (sic) Eduardo García Duarte en proporción de un 1%, Manuel Arturo Rincón Guevara en proporción del 8% y a Bernier en proporción del 17%, como lo mencione anteriormente ese 8% de Manuel Arturo Rincón Guevara era como mandatario sin representación.”⁴⁰

No obstante lo anterior, el Fiscal de segunda instancia reconoció la existencia de un mandato sin representación, pero sorpresivamente concluyó que el señor Rincón se extralimitó en el mismo, sin tener los soportes para llegar a esta conclusión, dejando de lado adicionalmente las pruebas allegadas al proceso, y pasando por alto lo dicho por la contadora de Superview “que confiesa la existencia de ese mandato y el alcance de éste.”⁴¹

2.2. Consideraciones efectuadas por la sociedad Acociviles S. A., respecto de los defectos fácticos.

Asevera la peticionaria, que el proveído en cuestión quebrantó uno de los pilares esenciales del derecho al debido proceso, cual es, el principio de la prueba, en tanto desatendió piezas probatorias fundamentales del obrar de los sindicatos y de las afirmaciones de la denuncia, “que de haber sido tenidas en cuenta se hubiera adoptado una decisión judicial sustancialmente distinta de la que efectivamente se tomó.”⁴² Considera entonces, que las pruebas omitidas por la autoridad judicial demandada, fueron las siguientes:

a. Acta N° JD-029 del 12 de enero de 2001, aprobada por la Junta Directiva de Superview S. A., que da cuenta de que el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, suscribió y pagó la capitalización según la participación accionaria respectiva, a nombre del mismo, Bernier Internacional Corporation y Acociviles S. A.

Resalta el accionante, que “dicha acta jamás fue impugnada, y la misma Superintendencia de Sociedades manifestó que estaba ajustada a la ley y por lo tanto se encuentra en firme.”⁴³

a. Dictamen pericial contable rendido en un proceso de naturaleza civil, ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que involucraba a la mayoría de los sindicatos del proceso penal, el cual fue sometido a la contradicción de las partes, quedando posteriormente en firme.

Esta prueba técnica establece: (i) la distribución de la participación accionaria de Superview S. A., al inicio de la reunión de asamblea correspondiente al acta N° 31; (ii) el cambio de la composición accionaria, luego de efectuada la reunión de accionistas; (iii) lo relacionado con la reunión de asamblea general de accionistas llevada a cabo el 9 de abril de 2001, de donde se originó el acta N° 33, la cual fue modificada por el acta N° 34 del 9 de noviembre de 2001 en cuanto a la participación accionaria, y por ende modificó el quórum; (iv) que las participaciones indicadas en el acta N° 34, no corresponden a las registradas en el libro de accionistas para esa fecha, “como se puede observar claramente en el folio A-8 del libro en mención.”⁴⁴; (v) el origen de los recursos que utilizó el señor Rincón Guevara para la capitalización que luego fue reversada y (vi) que “[e]l señor Manuel Arturo Rincón fue socio de Superview a nombre propio desde Enero 4 de 2001 (acta 31 de accionistas en donde ITM le cede el 8% que corresponde a 14.400 acciones), hasta junio 22 de 2001 (reversión de la capitalización con la nota de contabilidad No 04) tal y como consta en el libro de registro de Accionistas de Superview relacionado como anexo 36 del dictamen pericial, reversión esta que es ilegal por no cumplir con lo estipulado en la ley.”⁴⁵

a. Interrogatorio de parte de Luis Alfredo Baena Riviere, efectuado ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el cual “confirmó que efectivamente el señor Rincón tenía facultades para la recuperación, cesión y capitalización de las acciones en los términos en que quedaron certificados en las actas 31, 32 y 33 y la 29 de Junta Directiva, hasta su revocatoria el día 6 de junio de 2001 como obra en el expediente del proceso penal.”⁴⁶

a. Declaración juramentada de Eduardo García Moreno, rendida ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, “prueba esta, que reúne los requisitos de plena prueba al no haber sido controvertida y allegada como prueba trasladada al proceso penal y absorbida por el perito del Tribunal, tampoco valorada por la delegada de segunda instancia.”⁴⁷

a. Dictamen pericial efectuado por el Grupo de Contaduría Forense de la Fiscalía General de la Nación, decretado de oficio por el Fiscal de primera instancia, el cual no ha sido objetado, y que concluyó, entre otros aspectos, que “[r]especto a la operación realizada el 15 de enero de 2001, si fue objeto de reversión, la cual fue registrada mediante Nota de Contabilidad No. 4 del 19 de junio de 2001, reversando los recibos de caja 1 y 2 por las sumas de \$ 108.000.000.00 y \$ 34.500.000.00 respectivamente, sin el soporte contable requerido.”⁴⁸

a. Testimonio del doctor Saúl Sotomonte Sotomonte, rendido ante el ente acusador en primera instancia, quien participó en varias asambleas de accionistas de la sociedad Superview S. A., “y fue quien observó la adulteración en el libro de accionistas, sin ninguna orden judicial (sic) ni administrativa y, también observó la falta de firma en el acta 33, y por eso como asesor de la empresa ACOCIVILES S.A. sugirió poner en conocimiento de las autoridades competentes estas irregularidades.”⁵⁰

a. Indagatoria de Carlos Humberto Isaza Rodríguez, donde además de confesar y afirmar los hechos que fueron objeto de la denuncia, reconoció que la reversión fue efectuada por la contadora “como si él o la contadora tuvieran capacidad para deshacer operaciones cumplidas, aprobadas y en firme, competencia exclusiva de la justicia ordinaria.”⁵¹

b. Indagatoria de Martha Liliana Guevara Gallego, que presenta una serie de contradicciones e inconsistencias, “con respecto a los otros inculcados, y con la verdad procesal, con respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos pero aclaró que el Señor MANUEL RINCON, es también accionista, todo lo contrario a como lo han dicho los otros indagados, quienes han negado esta situación.”⁵²

a. Indagatoria del señor Luis Alfredo Baena Riviere, donde niega haber prestado dinero a Manuel Arturo Rincón Guevara y/o Acociviles S. A., “pero aporta como documento un fax, donde le reclamaba a Rincón la plata que le prestó para la capitalización de Acociviles, así como aporta también una carta dirigida a SUPERVIEW, donde les manifiesta que los \$ 36.000.000”, son para la capitalización de Acociviles S. A.”53

a. Actas de las asambleas y de junta directiva de la sociedad Superview S.A., que hacen “parte de la prueba grafológica ordenada y decretada”.54

a. Revocatoria de los mandatos, “donde se prueba que las facultades ya reconocidas a Manuel Arturo Rincón Guevara, como mandatario, existieron hasta la fecha de revocatoria de los mismos, el día 6 de junio del 2001, aportado por el mismo Señor Baena, en su indagatoria, lo que se concluye sin hesitación alguna, que efectivamente el señor Rincón se encontraba facultado para adelantar todas las gestiones, hasta el 6 de junio de 2001, por lo tanto, eran válidas y legítimas, las actuaciones adelantadas, desarrolladas y ejecutadas por el señor Rincón.”55

a. Resolución N° 786 de octubre 22 de 2001, proferida por la Comisión Nacional de Televisión, “mediante la cual se autoriza una enajenación de acciones, aparece como relación de documentos anexos en el numeral 3 comunicación de 7 de junio de 2001, suscrita por el representante legal de la empresa Bernier Internacional Corporation, el señor Baena, en la que manifestó la intención de adquirir las acciones que le fueron ofrecidas en venta, lo que no corresponde a la realidad ya que la intención de suscripción de acciones de Superview, por parte de Bernier fue hecha el 15 de enero del 2001 por intermedio de su mandatario Manuel Rincón, y no como se presentó a la Comisión Nacional de Televisión, con una comunicación de aceptación de oferta de junio 7 de 2001, y aceptando la intención de dicha oferta de suscripción, lo (sic) que tampoco ha sido valorada por la delegada de segunda instancia.”56

a. Recibos y asientos contables entregados a Acociviles S. A., que soportaron la reversión del libro de registro de accionistas de Superview S. A., efectuada por la contadora y la revisora fiscal.

a. Poderes aportados por los injuriados en su indagatoria.

a. Documentos tales como fax y mails aportados por los sindicatos en sus indagatorias.

Concluyó el actor, en relación con las situaciones generadoras de los supuestos defectos fácticos, que la autoridad judicial accionada, “no se pronunció sobre las pruebas debidamente decretadas y recaudadas dentro del proceso penal y se terminó por decidir arbitrariamente, pues se impuso la voluntad de la autoridad con funciones judiciales, por encima de lo objetivamente probado en el respectivo expediente”⁵⁷.

Igualmente, considera que a las pruebas obrantes en el expediente, se les dio “consecuencias irrazonables y desproporcionadas a su naturaleza”⁵⁸, pues “la valoración probatoria no se realizó aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes”⁵⁹.

En tal contexto, cuestionó la conclusión de la Fiscalía demandada, acerca de la limitante del 15% del total del capital social de la sociedad concesionaria, contenida en el artículo 34 de la ley 182 de 1995⁶⁰.

Al respecto, indicó que el señor Rincón Guevara justificó la asunción del 8% de las acciones de la compañía Superview S. A., bajo el entendido de que el texto del artículo transcrito era aplicable a la empresa accionada, y que ello motivó al señor Baena a instruirlo, en el sentido de asumir el porcentaje anotado, para no transgredir la prohibición establecida en la citada normativa.

Agrega, que no comparte lo dicho por la autoridad judicial demandada, en el sentido de que con el 17 % de la capitalización, la firma Bernier International Corporation tenía igualmente el 17 % del capital social, pues olvidó el Fiscal que el capital de la sociedad accionada antes de la capitalización estaba representada en 180.000 acciones, y que posteriormente ascendió en 720.000 acciones, para un total de 900.000 acciones.

En ese orden de ideas, estima que sí tenía sentido la instrucción dada por el representante legal de la sociedad Bernier al señor Rincón Guevara, con el fin de evitar incurrir en la prohibición establecida en la Ley 182, “ya que siendo el capital social de 900.000 acciones, las 122.400 acciones que capitalizaría Bernier, equivalentes al 17% de las 720.000 acciones previstas en la capitalización, mediante una simple regla de tres podemos fácilmente concluir que las 122.400 acciones equivalían al 13.60% del capital accionario de la sociedad y no como lo afirma el Fiscal delegado en el sentido de que de todas maneras Bernier quedaba con un 17% del capital social de la empresa, al tomar como debe ser y como es, las 900.000 acciones y no acomodadamente solo las acciones de la capitalización que son 720.000 pero que de manera alguna constituyen TODO el capital social.”⁶¹

Finalmente, y en lo que para el Fiscal 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, fue el eje de la investigación, esto es, “la existencia del préstamo y de si el pago realizado con los 216 millones de pesos correspondía a la capitalización del 60% de las acciones ofrecidas a Bernier y a un préstamo que este le realizaba a Rincón para capitalizar el 60% de las acciones brindadas a Acociviles; o, si era para capitalizar el 100% de las acciones de Bernier”⁶², indica la accionante que es sorprendente como el funcionario judicial demandado, le da especial importancia a un hecho que mal supone, debía haber llevado a cabo Rincón Guevara, “esto es, que según el Fiscal, éste debía haber señalado a la empresa Superview que los dineros provenían de un giro internacional.”⁶³

Para la accionante, resulta equivocado que el ente acusador tenga como punto de partida este supuesto para precluir la investigación, en tanto no era deber del señor Rincón Guevara, informar acerca de la procedencia de los dineros, pues ninguna norma del Código de Comercio, así lo exige “ya que su deber era simplemente dar la instrucción de su imputación como efectivamente lo hizo.”⁶⁴

Adicionalmente, estima que la autoridad judicial demandada, le dio valor probatorio al fax suscrito por el señor Baena, el 23 de febrero de 2001 “en el que afirmó que el dinero era para el pago del 100% de su capitalización y que el saldo de 36 millones de pesos era para aplicar de manera condicional a un préstamo a la sociedad ACOCIVILES”⁶⁵, teniéndolo como única prueba, y dándole consecuencias irrazonables y desproporcionadas, “en detrimento de otras existentes en el expediente.”⁶⁶ Sobre el particular indicó:

“(…) Lo que existe claramente es una gran cantidad de pruebas en el expediente que precisamente desvirtúan plenamente la versión del denunciado Baena y la errada valoración probatoria que dio el Fiscal Delegado.

Acaso se puede dejar pasar desapercibido el dictamen pericial emanado del CTI, ya anunciado, en donde se plasmó como los denunciados le dieron distintas versiones a los 36 millones de pesos, citando uno a uno los distintos calificativos que le dieron documental y contablemente, incurriendo en constantes imprecisiones.

Acaso no es suficiente prueba de que el préstamo fue por más de 36 millones de pesos, el hecho de que el Sr. Baena reciba la totalidad de la cesión de los dineros provenientes del pago del Instituto Distrital de Recreación y Deporte, de lo cual da cuenta el dictamen pericial proveniente de un proceso de la jurisdicción civil ordinaria y debidamente trasladado al proceso penal en cuestión.

(…)

Sorprende como el Fiscal Delegado omitió considerar que en el acuerdo de reparto de los dineros pendientes de pago por parte del IDR, se pactó que se repartirían 50% para cada uno de los participantes, Rincón y Baena, mas una suma adicional de 50 millones para Manuel Rincón, esto es que del 50% de los 106.504.385, que finalmente le correspondían a Baena, luego de haberse vendido el lote, cuya cabida fue la que hizo disminuir la suma final a pagar por parte de dicho instituto.

Además, Baena debía darle a Manuel Rincón la suma de 50 millones de pesos adicionales.

Lo anterior se traduce a que de los \$106.504.385 a recibir por parte del IDR, Manuel

Rincón debía recibir, la mitad más cincuenta millones, es decir la suma de \$53.252.192,50 más los otros cincuenta millones de pesos según consta en el acuerdo, para un total de \$103.252.192,5 que eran a favor de Rincón y el saldo, o sea la suma de \$3.252.192,5 a favor de Luis Baena conforme lo reza el acuerdo escrito, que obra dentro del expediente, pero que curiosamente no leyó completamente el Fiscal Delegado.

Con lo anterior se demuestra que Manuel Rincón con la cesión de los recursos del IDR, le estaba abonando a Luis Baena \$103.252.192,5 al préstamo que de los 106 millones de pesos le había hecho para la capitalización de las acciones de Acociviles en la sociedad Superview S.A.”67

La actora señala que con la negación de la aplicación de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso concreto, está siendo objeto de discriminación, sin que exista una justificación razonable o una inaplicación expresa de la norma al caso concreto, con lo que “se ha dado una arbitraria e injusta discriminación entre iguales, pues no existen situaciones de hecho diferentes que permitan un tratamiento que obedezca a dicha diferencia.”68

Por último, asevera que la distinción que se está dando entre el peticionario y las demás personas a las que es posible aplicarles las normas aludidas, no tiene ninguna justificación razonable y, “por el contrario, se trata de una grosera y evidente discriminación, que no es constitucionalmente admitida.”69

3. Pretensiones.

Con fundamento en los hechos expuestos, la accionante pide al juez constitucional la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, vulnerados por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ordenando en consecuencia que la decisión adoptada el 26 de septiembre de 2007, mediante la cual decidió precluir la investigación penal dentro del proceso radicado con el N° 639.449, “por el delito de hurto agravado y otros”70, y cuyos sindicados son Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, quede sin efecto, y por ende, que recobre plena vigencia la resolución del 27 de octubre de 2005, mediante la cual la Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, dispuso no precluir la

investigación.

Igualmente, solicita que la Fiscalía General de la Nación, a través de quien corresponda, ordene el recaudo de la prueba grafológica decretada por el Fiscal de primera instancia, sobre los originales de las actas N° 33 y 34 y del libro de accionistas de Superview S. A., “la cual una vez se allegue al expediente será valorada conforme a las reglas de la sana crítica con todo el acervo probatorio al momento de la calificación de la instrucción”⁷¹, y que al momento de la calificación de la instrucción, proceda a proferirla sin violación de los derechos y garantías constitucionales consagradas en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, “y se consideren y califiquen todas y cada una de las pruebas obrantes en el expediente del proceso penal radicado bajo el No. 639.449, por el delito de Hurto Agravado y otros, y cuyos sindicados son CARLOS HUMBERTO ISAZA RODRIGUEZ, LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE y MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO, conforme a las reglas de la sana crítica con todo el acervo probatorio al momento de la calificación de la instrucción.”⁷²

Por último, pide que la autoridad judicial accionada aplique los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, así como del Decreto 2649 de 1993, al momento de resolver el recurso de apelación propuesto.

4. Respuesta de la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Mediante oficio N° 044-F.22 del 14 de noviembre de 2007, el doctor Jorge Humberto Vaca Méndez, Fiscal 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁷³, solicitó la desestimación de las pretensiones formuladas en la acción de amparo constitucional, por las siguientes razones.

En primer lugar, puso de presente que conoció del recurso de apelación interpuesto por el defensor de los sindicados dentro del proceso penal N° 639.449, contra la providencia dictada por el Fiscal 157 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó la preclusión de la investigación “a favor de los encartados a quienes se imputó la comisión de los delitos de hurto, agravado por confianza y estafa.”⁷⁴

De otra parte, indicó que en la decisión judicial cuestionada, están explicados los motivos que llevaron a revocar la resolución emitida, para disponer en consecuencia la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta, “bajo un análisis jurídico probatorio, tal como se puede constatar en el contenido del proveído objeto de la presente acción de tutela”⁷⁵, no siendo producto del capricho o la arbitrariedad, pues se trata de una decisión que se ajusta a derecho y es resultado de un análisis ponderado de los diferentes medios de convicción aportados a la investigación, “sin desconocer o darle un alcance diferente a la normatividad jurídica aplicable al caso concreto”.⁷⁶

Por lo anterior, consideró la autoridad judicial demandada, que la decisión objeto de controversia, no constituye una vía de hecho, en tanto han sido garantizados los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, contradicción e igualdad, “que protege la Constitución Política y el Bloque de constitucionalidad.”⁷⁷

5. Decisiones judiciales objeto de revisión.

5.1. Sentencia de primera instancia.

Mediante providencia del 20 de noviembre de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió negar las pretensiones formuladas por la sociedad Acociviles S. A., bajo la consideración de que el amparo constitucional solicitado es improcedente, en tanto no es posible por esta vía, dejar sin efecto la decisión adoptada por la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, “pues clara y coherente ha sido su jurisprudencia al sostener que no procede esta acción a efectos de alterar la aplicación normativa que los funcionarios judiciales ordinarios realizan en sus providencias, pues aquellos, en virtud del artículo 228 Constitucional, al proferir las mismas gozan de independencia y autonomía, por lo cual, sus decisiones para efectos de ser afectadas por el mecanismo excepcionalísimo del recurso de amparo, necesitan no sólo de la exposición de un planteamiento mejor al vertido en la decisión judicial, sino también de la destrucción absoluta de sus fundamentos.”⁷⁸

Estimó que en ejercicio precisamente de esa autonomía, la Fiscalía decidió precluir la

investigación, “al considerar que los hechos denunciados resultaban ser atípicos”⁷⁹, razón por la cual, el hecho de que la sociedad accionante no hubiera compartida la interpretación efectuada por la autoridad accionada, no habilita el ejercicio de la acción de tutela para “imponer su personal punto de vista respecto de tópicos que corresponde decidir única y exclusivamente al juez ordinario.”⁸⁰

Agregó, que las irregularidades puestas de presente por la demandada, no pueden suscitarse por vía de acción de tutela, pues “esta no permite a los sujetos procesales revivir etapas procesales superadas o insistir en sus argumentos con el fin de sacarlos adelante, tal como al parecer lo pretende en este caso la accionante.”⁸¹

5.2. Escrito de impugnación.

El apoderado de la sociedad demandante, mediante escrito radicado el 26 de noviembre de 2007, en la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, impugnó la decisión, por considerar que (i) de conformidad con los lineamientos vertidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela sí procede contra providencias judiciales, cuando se presentan vías de hecho y (ii) porque la situación puesta de presente al juez constitucional, no se trata solamente de una disparidad en la interpretación jurídica de los hechos sometidos a investigación penal, sino que realmente configuran notorios defectos sustantivos y fácticos.⁸²

Por lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia dictada en primera instancia, y en su lugar, que se tutelaran los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad, vulnerados por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con la decisión que dispuso precluir la investigación frente a la totalidad de los sindicatos, dentro del proceso penal N° 639.449.

5.3. Sentencia de segunda instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 31 de enero de 2008, decidió confirmar la sentencia impugnada, con fundamento en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, reiteró lo dicho por el juez de primera instancia, en el sentido de que la acción de tutela, no procede para censurar decisiones judiciales, salvo que se trate de una actuación arbitraria, no susceptible de corregir por los medios ordinarios y dentro de los cauces procesales de cada asunto, así como tampoco está instituida para revivir términos u oportunidades procesales.

De otra parte, consideró que la justificación de la decisión objeto de reproche, no luce irrazonable, ni opuesta al ordenamiento jurídico, y “tuvo sustento objetivo en razonamientos que no pueden tildarse de arbitrarios.”⁸³

Con todo, concluyó que la decisión de la autoridad accionada, no es caprichosa, y tiene sustento objetivo en una interpretación de las respectivas normas aplicables, y de la situación fáctica, “circunstancia que impide su desconocimiento por vía constitucional, porque según la reiterada jurisprudencia, la vía de hecho en los campos de la hermenéutica jurídica y de la evaluación probatoria tan sólo puede darse por establecida cuando el administrador de justicia incurre en una grosera actuación arbitraria e ilegítima, ya que en dichos tópicos debe tener plena eficacia el soberano contorno funcional de los administradores de justicia, quienes no pueden estar sometidos al escrutinio del juez de tutela, porque de lo contrario se desconocerían los principios de autonomía, independencia y desconcentración judicial, reconocidos por los artículos 228 y 230 de la Carta Política.”⁸⁴

6. Pruebas relevantes que reposan en el expediente.

- Escritura Pública N° 1666 del 5 de agosto de 1993, de la Notaría 24 del Circulo de Bogotá, por medio de la cual se constituye como sociedad anónima Superview S. A. (folios 58 a 78 del cuaderno principal).

- Escrituras públicas N° 1993 del 16 de septiembre de 1993 y 206 del 30 de enero de 1998, de la Notaría 24 del Círculo de Bogotá; 1333 del 2 de junio de 1998, 1759 del 10 de julio de 1998 y 438 del 4 de marzo de 1999 de la Notaría 41 del Círculo de Bogotá, que dan cuenta de la reforma de los estatutos de Superview S. A. (folios 84 a 120 ibídem).

- Escritura N° 503 del 9 de marzo de 2000 de la Notaría 47 del Círculo de Bogotá; 1426 del 9 de mayo de 2000 y 3217 del 4 de diciembre de 2001, de la Notaría 25 del Círculo de

Bogotá, mediante las cuales se registra como acto el aumento de capital de la sociedad Superview S. A. (folios 121 a 134 ibíd.).

- Contrato de promesa de cesión de acciones suscrito entre Francisco Hernando Giraldo Borda, Erick Eduardo García Duarte y Luis Alfredo Baena Riviere y Manuel Arturo Rincón Guevara (folios 202 a 204 ibíd.).

- Poder otorgado por el señor Luis Alfredo Baena Riviere, a Manuel Arturo Guevara Rincón, “para que nos represente y reciba en nuestro nombre acciones correspondientes al 25% del capital de Superview, que deben ser transferidas por ITM o cualquier otro accionista de Superview. // Ruego reconocer personería para los limitados efectos de este poder.” (folio 160 ibíd.).

- Acta N° 31 del 4 de enero de 2001, que da cuenta de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Superview S. A. (folios 161 y 162 ibíd.).

- Acta JD-029 del 12 de enero de 2001, aprobada por la Junta Directiva de Superview S. A., por medio de la cual emite el reglamento de emisión y colocación de acciones (folios 194 y 195 ibíd.).

- Oficio firmado por Manuel Arturo Rincón Guevara, del 15 de enero de 2001, por medio del cual manifiesta a Carlos Humberto Isaza Rodríguez, atendiendo la notificación del reglamento de emisión y colocación de acciones, lo siguiente (folio 227 ibíd.):

“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.”

- Cuentas de cobro suscritas por el representante legal de la sociedad Superview S.

A., a ITM Televisión S. A., Bernier International Corporation, Acociviles S. A. y Manuel Arturo Rincón Guevara, “por concepto de la cancelación del sesenta por ciento (60%) del capital a suscribir conforme al reglamento de emisión y colocación de acciones aprobado por la Junta Directiva de Superview S. A., el 12 de enero de 2001, tal como consta en el acta 029.” (folio 164 a 167 ibíd.).

- Comunicación del 26 de enero de 2001, firmada por el señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, representante legal de Superview S. A., que da cuenta de la entrega a Acociviles S. A, del recibo de caja correspondiente a la cancelación del 60% de la suscripción accionaria dispuesta por la Junta Directiva de la empresa mediante reglamento del 12 de enero de 2001 (Acta N° 29) y de la cuenta de cobro correspondiente al 40% restante (folio 183 ibíd.).

- Acta N° 33 del 9 de abril de 2001, que da cuenta de las decisiones adoptadas por la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de Superview S. A. (folios 175 a 182 ibíd.).

- Acta N° 34 del 9 de noviembre de 2001, que da cuenta de las decisiones adoptadas en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Superview S. A. (folios 136 y 137 ibíd.).

- Certificación suscrita por la señora Martha Liliana Guevara, revisora fiscal de la sociedad Superview S. A., que indica (folio 173 ibíd.):

“Bernier International Corporation realizó inversión de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 216.000.000), contabilizados de la siguiente manera:

* \$ 73.440.000 millones de pesos abonados en enero 15, al capital a suscribir de acuerdo al acta 29 de enero 12 de 2001.

* \$ 106.560.000 millones de pesos en junio 19 de 2001, cancelando el saldo del capital a suscribir conforme al Acta 29.

* Como Reserva para futuras capitalizaciones se registró la suma de \$36.000.000 millones

de pesos en junio 19 de 2001.”

- Folios del libro de registro de accionistas de la sociedad Superview S. A., correspondientes a ITM Televisión Ltda, Manuel Arturo Rincón Guevara y Bernier International Corporation (folios 198 y 199 ibíd.).

- Comunicación del 23 de febrero de 2001, firmada por el representante legal de Bernier International Corporation, dirigida a Carlos Humberto Isaza Rodríguez, en la que indica (folio 187 ibíd.):

“Acuso recibo de la información que me fue enviada vía DHL y al respecto deseo hacerle los siguientes comentarios para su información y trámite correspondiente:

1- El 25% de las acciones de Superview le pertenecen a Bernier International Corp. y deseo que el certificado original salga de esta manera.

2- Los certificados originales están en mi poder en caso de que haya necesidad de modificarlos.

3- Recibí cuenta de cobro a Bernier International Corp. por valor de \$ 73.440.000 (Setenta y tres millones cuatrocientos mil pesos). Al respecto quiero dejar en claro que la capitalización por valor de \$216.000.000 (Doscientos diez y seis millones de pesos) corresponden a la sociedad Bernier International Corp. Estos recursos fueron enviados directamente de la cuenta de la Corporación al Dr. Juan Carlos Salazar y la nacionalización de los recursos esta en proceso.

Es de anotar que Bernier International Corp. Capitalizó el total del 25% de las acciones mas la suma de \$ 36.000.000 millones de pesos como préstamo sobre las acciones de ACOCIVILES representadas por el Dr. Rincón con la condición que el Dr. Rincón capitalizaría antes del 16 de Febrero.

Le ruego el favor sean corregidos los certificados accionarios y adicionalmente se me expida un recibo por el valor total de la capitalización de \$ 216.000.000 millones de pesos.”

- Oficio del 30 de mayo de 2001, firmado por el señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, en

el que solicita a Manuel Arturo Rincón Guevara, aclaración en relación “con el depósito efectuado por usted a nombre de Superview S. A. en cuenta de la que es titular la CNTV, como abono a la capitalización dispuesta por la Junta Directiva de la Empresa en su reunión del 12 de enero de 2001.” (folio 228 ibíd.).

- Memorial del 12 de junio de 2001, firmado por Manuel Arturo Rincón Guevara, en el que da respuesta a Carlos Humberto Isaza Rodríguez, en los siguientes términos (folios 242 y 243 ibíd.):

“En respuesta a su amable comunicación de mayo 30 próximo pasado, ratifico lo comunicado mediante escrito de Enero 15 de 2001 y le informo que la inversión de Bernier International Corporation en Superview S.A., fue inscrita en el libro de accionistas después del 3 de enero de 2001, pues como es de su conocimiento, hasta la reunión de la Asamblea de accionistas de esa fecha (consta en el Acta No. 31) no aparecía como tal.

De otra parte, es evidente para todos, que la cesión de las acciones se predicó siempre de los señores García y Giraldo Borda a ACOCIVILES LTDA (sociedad que represento) y Luis Alfredo Baena R (como Baena Fernández de Soto y CIA. S en C.).

Así que, sólo hasta la reunión de la Junta Directiva de fecha 3 de enero de 2001, en la que se aprobó el reglamento de emisión y colocación de acciones de Superview S.A. (consta en el Acta No. JD-029/capitalización por emisión de acciones en reserva) se habló de Bernier International Corporation como accionista de Superview S.A.

De otra parte, la inversión que realizó Luis A. Baena en Superview S.A., fue manejada directamente por mí y no era parte del encargo profesional de la firma Salazar & Asociados - Abogados Ltda (firma contratada por mí para gestionar la recuperación de las acciones y que se limitó a prestar su cuenta corriente para monetizar las divisas), es decir, que el manejo del dinero, su aplicación, instrucciones a Superview S.A. sobre su desarrollo y materialización, fue manejada según acuerdo entre Luis A. Baena y Manuel Arturo Rincón G., que al igual que en múltiples negociaciones y transferencias, se realizó según instrucciones impartidas mediante comunicaciones telefónicas sostenidas con el Sr. Baena R.

En este caso, con Luis A. Baena determinamos que el dinero enviado por él correspondería parte a la capitalización de MANUEL RINCÓN 8% (de propiedad de Luis A. Baena R./mandato sin representación de Bernier International Corporation) y de Luis Alfredo Baena R. y/o Bernier International 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. Este crédito sería cubierto posteriormente según resultados de otras negociaciones correspondientes a asuntos pendientes entre el Sr. Baena y Manuel Rincón.”

“De acuerdo con los documentos aportados, solo puedo manifestar que la sociedad Bernier International Corporation Nit. 830.084.837-9, solo realizo una inversión de \$ 73.440.000 millones de pesos, como cancelación de 60% del capital a suscribir conforme al reglamento de emisión y colocación de acciones aprobado por la junta directiva de SUPERVIEW S.A. el 12 de enero del 2001, tal como consta en el acta N° 29.

El aporte citado fue realizado por el socio Manuel A. Rincón G. al realizar la consignación en el documento N° 26300927 en la cuenta Bancolombia número 126056650-29 del titular Comisión Nacional de Televisión, en nombre de SUPERVIEW S.A. y donde el depositante fue el socio Manuel A. Rincón G. Del anterior depósito de \$216.000.000 millones de pesos que a nombre de SUPERVIEW S.A. se realizo.

La sociedad SUPERVIEW S.A., recibió instrucciones del socio Manuel A. Rincón G. el día 15 de enero de 2001 de la forma como se tenía que aplicar en participación accionaria el dinero aportado.

Debo aclarar, que por ningún medio fui informada que la inversión o aporte en la sociedad SUPERVIEW S.A. se trataba de una inversión extranjera.”

- Comunicaciones del 14 de junio de 2001, suscritas por el señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, y dirigidas a las señoras Gloria Rodríguez y Martha Liliana Guevara Gallego, contadora y revisora fiscal de Superview S.A., respectivamente, mediante las cuales indica (folio 272 ibíd.):

“Atentamente le estoy haciendo llegar copias de los documentos que a continuación relaciono, para 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 - Abogados Ltda, en la cuenta 126056650-29 de Bancolombia, de la cual es titular la Comisión Nacional de Televisión, mediante cheque CQ011416 del mismo banco, como pago de la parte proporcional de la capitalización dispuesta por la Junta Directiva de la empresa en su sesión del 12 de enero de este año (acta JD-029), a que tenía derecho el accionista Bernier International Corporation.”

- Nota de contabilidad N° 004 del 19 de junio de 2001, que indica (folio 217 ibíd.):

“Reversión de Rc. 002 a nombre de Manuel Arturo Rincón G. De acuerdo con comunicado de Junio 14 de 2001 y con los soportes anexos que aclaran el valor consignado a la Comisión Nacional de Televisión con consignación No. 26300927 del Bancolombia por la suma de \$216,000,000.00, recibido por Bernier International como consta en la carta radicada el 5 de junio, de la compañía Salazar & Asociados quienes prestaron su cuenta bancaria para realizar el cambio de divisas recibidas desde el exterior por Bernier International, para ser invertidas en Superview y quien generó de su cuenta bancaria Bancolombia, cheque de gerencia para el pago antes mencionado. Se realiza la respectiva reversión de las sumas registradas como capitalización a nombre del señor Manuel Rincón con Recibo de caja No. 002 y Acociviles Recibo de caja 001, por corresponder al total de la inversión de Bernier International.”

- Oficio del 22 de junio de 2001, firmado por la señora Martha Liliana Guevara Gallego, revisora fiscal de Superview S. A., que pone de presente al representante legal de la citada sociedad, lo siguiente (folio 174 ibíd.):

“De acuerdo a su comunicado del día 14 de junio de 2001, me permito manifestarle, que los registros contables realizados el día 15 de enero de 2001, con recibos de caja No. 001 a nombre de Acociviles Ltda y No. 002 del señor Manuel Rincón por las sumas de \$108.000.000 y \$34.560.000, respectivamente, aplicados al 60% del capital que debía suscribirse según acta No. 29 de 12 de enero, han sido reversados como consta en la nota contable No. 004 del 19 de junio de 2001, realizando el asiento correcto a nombre de Bernier International Corporation cancelando el saldo de las acciones suscritas (Acta 29) por valor de \$106.560.000 y quedando un valor de \$ 36.000.000, a nombre de la misma compañía para futuras capitalizaciones” (subrayas y

negrillas por fuera del texto original).

- Oficio del 7 de diciembre de 2001, firmado por el señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, en el que pone de presente al señor Rincón Guevara, que (i) nunca ha sido accionista de Superview S. A., indicando las razones que soportan su afirmación, y (ii) respecto de la consignación “a la que usted alude”, sostuvo que ya recibió en compañía del doctor Sotomonte, las explicaciones suficientes “y conoció la posición del doctor Juan Carlos Salazar Torres, quien tuvo el encargo de recibir y pagar a nombre de Bernier International Corporation la suma que usted, inexplicablemente y sin ser accionista de la sociedad, dice haber cancelado a la Comisión Nacional de Televisión a nombre de Superview S.A.” (folios 244 y 245 ibíd.)

- Providencia dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de septiembre de 2007, mediante la cual decide precluir la investigación seguida contra los señores Luis Alfredo Baena Riviere, Martha Liliana Guevara Gallego y Carlos Humberto Isaza Rodríguez “por estar demostrado que los hechos denunciados resultan ser atípicos, conforme a lo mencionado en esta resolución.” (folios 385 a 414 ibíd.).

- Proceso verbal sumario (impugnación de actas), radicado bajo el N° 2003-9765 (anexo N° 9).

II. ACTUACIONES SURTIDAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Solicitudes de insistencia presentadas.

El doctor Rodrigo Escobar Gil, mediante escrito del 18 de abril de 2008, solicitó la insistencia en la selección de la acción de tutela incoada por la sociedad Acociviles S. A., bajo la consideración de que la autoridad demandada no tuvo en cuenta al parecer, todo el material probatorio allegado al expediente, sino que sólo consideró las diligencias de indagatoria rendidas por los sindicatos.

Agregó el magistrado Escobar Gil, que “a pesar de que al trámite se allegaron diversos documentos que permitían establecer la existencia de una irregularidad constitutiva de ilícito penal, la accionada no realizó una valoración de dichas pruebas, las cuales

podrían haberla llevado a tomar una decisión diametralmente distinta a la finalmente adoptada.”⁸⁶

Por último, indica que comoquiera que la peticionaria no cuenta con ningún otro medio de defensa judicial, “la acción de tutela se muestra procedente para efectos de definir el conflicto aquí planteado.”⁸⁷

Por su parte, el Defensor del Pueblo haciendo uso igualmente de la potestad que el ordenamiento jurídico le otorga, solicitó la insistencia del caso, por considerar que a partir de los parámetros establecidos en el Código de Comercio (Arts. 384 y 416), solamente es posible efectuar una reversión contable al libro de accionistas, siempre y cuando medie orden de autoridad competente, siendo inviable efectuarla de manera unilateral.

Al respecto indicó:

“En efecto, no puede el administrador de una sociedad de manera unilateral y sin el cumplimiento a cabalidad de las normas estatutarias y comerciales modificar o revocar el libro de actas, es decir, reversar una operación comercial que se entendía ya culminada, por ende, considera este despacho que en la providencia cuestionada por vía de tutela, no se realizó un análisis de fondo en lo que respecta a la reversión contable realizada por el representante legal de la sociedad SUPERVIEW S.A. y el señor BAENA, dejándose de lado lo establecido en la normatividad comercial vigente, lo cual, evidentemente configura un defecto sustantivo, que convierte a la resolución censurada en una vía de hecho.”⁸⁸

Así las cosas, consideró el representante del Ministerio Público, que la revisión busca evitar un perjuicio grave, pues de la providencia judicial atacada, se desprende que no se realizó un análisis adecuado de los hechos de la denuncia penal, ni se observaron de manera integral las pruebas aportadas al proceso, “negándose de esta manera la continuidad del proceso penal, escenario en el cual podría haberse llevado a cabo un debate probatorio general, que conlleve a encontrar la verdad de los hechos y sus correspondientes responsabilidades penales.”⁸⁹

2. Auto de la Sala de Revisión que decreta la práctica de pruebas y suspende los términos procesales.

Mediante proveído del 29 de julio de 2008, la Sala de Revisión con el fin de tener elementos de juicio suficientes para dictar la decisión de fondo, dentro del asunto de la referencia, dispuso:

“Primero.- Ordenar que a través de la Secretaría General de esta Corporación se oficie a la Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá para que remita en calidad de préstamo, con destino al asunto de la referencia y dentro de los cinco (05) días siguientes a la recepción del oficio que así lo indique, la totalidad del expediente que contiene la actuación surtida dentro del proceso penal radicado con el N° 639.449, iniciado por Acociviles S.A. y cuyos sindicados eran Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, por el delito de hurto agravado y otros.

Segundo.- Suspender el término para fallar el presente asunto hasta tanto se practiquen las pruebas señaladas.”⁹⁰

La Fiscalía Seccional 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, con oficio N° 2333 del 19 de agosto de 2008, remitió las piezas procesales solicitadas.

3. Providencia que dispuso la integración del contradictorio.⁹¹

Con el fin de conformar en debida forma el contradictorio, la magistrada sustanciadora mediante providencia del 29 de agosto de 2008, dispuso poner en conocimiento de los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere, Martha Liliana Guevara Gallego y Gloria Rodríguez, el contenido de la solicitud de tutela, para que indiquen lo que estimen pertinente, respecto de las pretensiones de la acción de tutela, formulada por la sociedad Acociviles S. A.

3.1. Escrito presentado por Carlos Humberto Isaza Rodríguez.

Mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación, el 10 de septiembre de 2008, el señor Isaza Rodríguez solicitó la confirmación de las sentencias dictadas en el trámite tutelar por la Corte Suprema de Justicia, que dispusieron negar la protección constitucional solicitada por la sociedad Acociviles S. A., con fundamento en las siguientes razones.

Como aspecto inicial, considera que la controversia planteada, surge de las diferencias que se han suscitado entre dos accionistas de una misma empresa, razón por la cual se trata de una discusión de naturaleza estrictamente comercial, que debe ser dirimida por el juez natural, y no como ocurrió en esta oportunidad, en la que la accionante acudió inicialmente ante el juez penal, “amañando muchas veces los hechos, con el propósito de darles el matiz de conductas punibles para intentar, por esa vía, definiciones judiciales que no se obtuvieron mediante la aplicación del ritual y la estimación de las pruebas propias de los procesos propios de las controversias ya decididas.”⁹²

Considera adicionalmente, que no es suficiente el argumento planteado por la sociedad comercial actora, para considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, en el sentido de que no se practicaron algunas pruebas que en su calidad de denunciante solicitó, pues está desconociendo que el fallo de la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue categórico en afirmar, que en el expediente obraban pruebas suficientes para concluir “que la conducta imputada por RINCON a sus denunciados, no existió”⁹⁴, pues el acervo probatorio acopiado durante más de cinco años, “le permitió llegar a la conclusión de que los sindicados no habían cometido conducta ilícita alguna y que por lo tanto, la única vía procedente era la preclusión decretada”⁹⁵, aseveración que soporta con la transcripción de algunos apartes de la decisión dictada por la autoridad judicial demandada, y por la Corte Suprema de Justicia, tanto en primera como en segunda instancia, en el trámite de la acción de tutela.

Finalmente, y en relación con la vulneración del derecho a la igualdad, considera el señor Isaza Rodríguez, que la demandante no aportó con la solicitud de tutela los razonamientos suficientes para considerarlo vulnerado, y que en caso de existir un desbalance en el desconocimiento de la citada garantía constitucional, recaería en los sindicados en el proceso penal, “[q]uienes, no obstante haber soportado el engaño, la manipulación y la acción sistemática del señor Rincón, y no obstante, también, haber comparecido ante ocho instancias con el propósito de enfrentar sus acusaciones y sus demandas, hoy seguimos siendo objeto de sus pretensiones, mediante una exagerada e injustificada movilización del aparato judicial del Estado en procura de obtener un pronunciamiento que le reconozca lo que sus jueces naturales le han negado, con base en procesos y pruebas promovidos por él.” ⁹⁶

3.2. Escrito presentado por Luis Alfredo Baena Riviere.

Actuando por intermedio de apoderado judicial, el señor Baena Riviere, pidió que la decisión proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que dispuso negar el amparo constitucional solicitado, sea confirmada, en tanto lo que busca la actora tutelar es revivir un debate concluido “con apreciaciones que lejos están de constituir vías de hecho”⁹⁷, y que tampoco vulneran el principio de presunción de acierto y legalidad, que orientan las decisiones judiciales.

Considera, que en el evento de existir una arbitrariedad o una aplicación caprichosa de la ley procesal o sustancial, es posible acudir a la acción de tutela, sin que ello implique en manera alguna, la prolongación de los procesos, “como en este caso que nos ocupa, donde para explicar el abogado la vía de hecho se toma el trabajo de recurrir a intrincados conceptos doctrinarios de último momento y que se extrañaron a lo largo del proceso penal.”⁹⁸

En tal contexto, señaló que el error judicial que configura la vía de hecho, “debe ser enorme, saltar a la vista, no tiene que ser buscado en la maraña de los argumentos de las partes, debe estar de frente al mas incauto de los observadores judiciales, no puede ser extraído con pinzas o microscopio, ni ubicado en lo recóndito de la doctrina (que es amplia y variable).”⁹⁹

Sostiene que le asiste razón a las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia, en el trámite tutelar, pues el reproche efectuado a la decisión adoptada por la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, obedece a meras especulaciones sobre posibilidades, que no son suficientes para configurar un defecto sustantivo, prevaleciendo en consecuencia, el ejercicio autónomo de jueces y fiscales.

Ahora bien, respecto de la reversión contable a la que hace alusión el escrito de la solicitud de tutela, asevera el señor Baena Riviere, que “no es más que una personal opinión que no se relaciona con la jurisdicción especial que decidió el asunto sometido a controversia”¹⁰⁰, lo que muestra que la vía de hecho alegada es difusa y abstracta, y que el actor “no tiene otro recurso que el intrincado análisis de normas comerciales sin siquiera referirse al tema concreto decidido que fue, ni más ni menos, que una atipicidad penal, la cual tiene sus precisos ribetes que no son las referencias tangenciales

de la doctrina comercial.”¹⁰¹

Al respecto, agrega que la referencia a normas de naturaleza comercial, no son suficientes para pretender constituir una vía de hecho en una providencia de naturaleza penal, “y que por más enfado que produzcan ciertos aspectos de carácter comercial en discusión aún, ello no indica la producción de garrafales errores, abruptas equivocaciones de un Fiscal que considera las conductas atípicas.”¹⁰²

En ese orden de ideas, estima que no todo incumplimiento contractual, configura la tipicidad penal de una conducta, lo cual se vio reflejado en la decisión objeto de la acción de tutela, pese al “esfuerzo descomunal del apoderado se sobra en recónditas tesis que en modo alguno se refieren a la tipicidad o atipicidad, que son el exclusivo tema tratado por el juez o fiscal en la jurisdicción penal. Cita bastante el Código de Comercio, pero no vemos casi nada del Código Penal lo cual confunde y distrae la atención sobre la materia tratada, la tesis de la tipicidad conglobante manifiesta que lo que una rama del ordenamiento permite, otra no la puede prohibir”.¹⁰³

Por último, estima que tampoco existe defecto sustantivo, frente a la inaplicación del Decreto 2649 de 1993, pues lo que busca la demandante es extralimitar el asunto de orden penal, por causas que no son propios del derecho punitivo, sin dar las razones por las cuales considera “se equivocó el fiscal 22 delegado, en cuanto a la decisión de dar por atípica la conducta, pues ese es el meollo del asunto materia de discusión.”¹⁰⁴

4. Auto del 6 de octubre de 2008.¹⁰⁵

La magistrada sustanciadora, atendiendo el informe secretarial del 16 de septiembre de 2008, que da cuenta de que (i) no fue recibido escrito alguno por parte de la señora Martha Liliana Guevara Gallego y (ii) no fue posible notificar a la señora Gloria Rodríguez, “debido a que la dirección dada para notificar no se encontró, según constancia adjunta”¹⁰⁶, y con el fin de garantizar el derecho de defensa, insistió en poner en conocimiento el contenido de la solicitud de tutela, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia, indicaran lo que consideraran pertinente, respecto de las pretensiones formuladas por la accionante.

Adicionalmente, dispuso enterar de la acción tutelar iniciada por la sociedad Acociviles S. A., a Telmex Hogar S. A., para que igualmente manifestara lo que a bien tuviera, respecto del petitum efectuado por la actora.

4.1. Respuesta de Telmex Hogar S. A.

La señora Mariana Restrepo Brigard, mediante escrito recibido en esta Corporación el 15 de octubre de 2008, consideró que Telmex no tiene ninguna relación con el tema de la tutela, sino que en su lugar debió ser notificada la sociedad Superview Comunicaciones S. A., “la que sí puede tener interés en el resultado de la actuación ante su Despacho”¹⁰⁷, disponiendo en consecuencia, remitir copia de la comunicación al señor Gustavo Tamayo Arango, liquidador de la citada persona jurídica.

4.2. Las señoras Gloria Rodríguez y Martha Liliana Guevara Gallego, según lo indicado por la Secretaría General, mediante informe del 4 de noviembre de 2008, no pudieron ser enteradas del trámite de eventual revisión que está surtiendo el expediente de tutela de la referencia, en tanto “en las direcciones suministradas en el mencionado auto, no fue posible dicha comunicación, ya que en (sic) ninguna de estas residen en dichas direcciones, según constancias adjuntas.”¹⁰⁸ Adicionalmente, puso de presente que la comunicación dirigida a la señora Guevara Gallego, “enviada a la ciudad de Pereira fue devuelta por postexpress con nota de no reside.”¹⁰⁹

De igual forma, el apoderado de la sociedad demandante, atendiendo el requerimiento efectuado por esta Corporación¹¹⁰, indicó “que no se ha podido establecer por esta parte las nuevas direcciones de las señoras GLORIA RODRIGUEZ y MARTHA LILIANA GUEVARA GALLEGO. Las direcciones aportadas en la demanda de tutela, son las únicas de que disponemos en este momento.”¹¹¹

Agregó, que “se realizaron las indagaciones adicionales por parte del representante legal de la sociedad que apodero, motivadas por el auto ya mencionado; sin embargo, no fue posible establecer direcciones diferentes a las ya suministradas y que corresponden, en el caso de la Sra. RODRIGUEZ, a su último sitio de trabajo conocido por mi poderdante, y en cuanto a la Sra. GUEVARA, a lo consignado en la indagatoria realizada en el proceso penal bajo estudio.”¹¹²

4.3. Escrito allegado por la sociedad Superview S. A. en liquidación.

Actuando por intermedio de apoderado judicial, la sociedad Superview S. A. en liquidación, mediante escrito radicado en la Secretaría General el 22 de octubre de 2008, solicitó a la Sala de Revisión confirmar lo resuelto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 31 de enero de 2008, por considerar que la decisión dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no configura las vías de hecho alegadas por la accionante.

Estimó el interviniente, que los defectos sustantivos alegados por la sociedad Acociviles S. A. no existieron, en tanto en primer término, el contrato de suscripción de acciones, por expresa determinación del legislador (Código de Comercio, artículo 384), es un contrato típico, razón por la cual “no se ve como en un proceso penal podría resultar violada una norma que define un contrato y las obligaciones de las partes”¹¹³, siendo del resorte de la jurisdicción civil, la resolución de las eventuales controversias que llegaren a presentarse respecto de su cumplimiento.

Agrega, que permitir que sea la jurisdicción penal quien dirima las controversias que se deriven de la ejecución del contrato de suscripción de acciones, es contrario al principio de especialización de la jurisdicción del Estado “que lleva el establecimiento de las distintas ramas de la misma según la naturaleza del asunto”¹¹⁴, máxime cuando el Código Penal, no tipifica como delito el incumplimiento del contrato de suscripción de acciones en sociedades anónimas.

De otra parte, estima que el artículo 416 del Código de Comercio no contempla la hipótesis planteada por la sociedad actora, pues no se refiere a la reversión de una operación contable, sino que establece una prohibición de negarse a hacer inscripciones en el libro de registro de accionistas, es decir, hace referencia a la autorización para no inscribir en el libro de accionistas a quien así lo reclama cuando exista orden de autoridad competente o no se reúnan requisitos o formalidades especiales respecto de la negociación de algunas acciones cuando así lo exija la ley, “supuesto normativo que tampoco contempla la reversión de operaciones contables.”¹¹⁵

Señala que aún tratándose de una situación en la que hubiera existido negativa para inscribir a un accionista, sin el cumplimiento de las condiciones establecidas en el

ordenamiento jurídico, “esa conducta no se encuentra tipificada como delito en el Código Penal, ni corresponde a la Fiscalía General su aplicación, y si eventualmente ella llegó a quebrantarse, es la jurisdicción civil la que conforme a la ley tendría competencia para analizar el caso concreto y pronunciarse al respecto, razón por la cual la acusación es inane.”¹¹⁶

Considera también que no le asiste razón al actor, cuando indica que en la modificación del quórum de la reunión de accionistas llevada a cabo el 9 de abril de 2001 (Acta N° 33), para ajustarlo a la decisión tomada el 9 de noviembre del mismo año (acta N° 34), no fue aplicado el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993, disposición que hace referencia a la forma en la que deben salvarse los errores de transcripción en que se incurra al hacer los registros contables, pues se trató de una operación contable que “ocurrió por la admisión como válida de una ‘reversión contable’ no autorizada por el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993.”¹¹⁷

Finalmente y en relación con la falta de aplicación del artículo 2177 del Código Civil, que hace referencia al mandato sin representación, considera que se trata de un cargo planteado por el actor carente de consistencia, pues a pesar de que es planteado como un defecto in judicando, incurre luego en la aseveración no probada, conforme a la cual su quebranto se produjo no directamente, sino de manera indirecta por errores de hecho en la apreciación de otras pruebas.

Referente a los defectos fácticos, sostiene que la providencia impugnada por vía de acción tutelar, es producto de un detallado análisis probatorio, que en conjunto, permitió concluir que la conducta objeto de investigación era atípica. Al respecto indicó:

“Como conclusión del análisis probatorio señalado en precedencia, la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, concluye en su providencia de 16 de septiembre de 2007 en la inexistencia del tipo penal de estafa por ausencia completa de la obtención de provecho ilícito como producto de la inducción mediante artificios o engaños a un error del denunciante propiciado por los denunciados; y, de la misma manera encuentra atípica la conducta de hurto calificado, como quiera que no se encuentra demostrada la apropiación de bienes muebles ajenos, en este caso las

acciones, pues la reversión de la operación contable se ajustó a lo prescrito por la ley, con aprobación de la Superintendencia de Sociedades.

Tampoco encuentra probado que se encuentre tipificada la conducta constitutiva de un presunto delito de falsedad por adulteración en el libro de accionistas, como quiera que las variaciones respectivas fueron consecuencia de la reversión de los asientos contables y se ajustaron al reglamento de capitalización de acciones ordenado por la Junta de Socios y reglamentado por la Junta Directiva de SUPERVIEW, razón por la cual la nueva composición accionaria se ajusta a la realidad.”

Luego de hacer una presentación general de los argumentos en los que está soportada la decisión dictada por el funcionario judicial demandado, consideró la sociedad Superview S.A., que no es cierto que carezca de fundamento objetivo y razonable, en tanto no carece de motivación, siendo resultado de un análisis serio y exhaustivo de las piezas procesales allegadas al expediente.

Así las cosas, considera la citada sociedad comercial, que no es cierto que la providencia objeto de reparo constitucional, hubiera desconocido el acta de la Junta Directiva N° JD-029 del 12 de enero de 2001, pues fue objeto de mención expresa y de análisis en cuanto a su contenido, “no una sino varias veces en la providencia cuestionada, como aparece, por ejemplo, en los puntos 6.3., 6.7., 6.8. y 6.17, del acápite denominado ‘FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN’, análisis que, conforme a derecho se hizo relacionando esa Acta con otras pruebas obrantes en el proceso en cada caso.”¹¹⁹

Respecto de la supuesta desatención de las declaraciones rendidas por Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, en las diligencias de indagatoria, estimó el apoderado de la sociedad Superview S. A, que la acción de amparo constitucional incurre en abierta contradicción, “como quiera que con anterioridad a la formulación de esta acusación se dijo que las indagatorias sí habían sido tenidas en cuenta, tan solo que, a juicio de la sociedad accionante se les dio a ellas ‘mayor valor probatorio’ que a otras pruebas, y sin tener en cuenta que las declaraciones de los sindicados en un proceso penal se encuentran amparadas por el derecho a no autoincriminarse, por lo que, según su afirmación ‘no pueden gozar de una presunción de veracidad’”.¹²⁰

Ahora bien, frente a la falta de valoración de las pruebas trasladadas, estima la citada sociedad comercial, que la accionante no indica de manera específica el proceso civil en el que obraron las pruebas, ni las partes del mismo, sino que simplemente señala que involucraba a la mayoría de los sindicatos en el proceso penal, cuestión “que impide como consecuencia saber si se reúnen los requisitos señalados por el artículo 185 del C. de P.C. con respecto a la prueba trasladada, entre los cuales en observancia de los principios de la publicidad y de la contradicción de la prueba se exige que en el proceso del cual se trasladan las pruebas a otro, ellas ‘se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella’”¹²¹

Sobre este tópico, concluye que además de que las pruebas trasladadas no reúnen los requisitos para ser tenidas como pruebas de esa naturaleza, tampoco fue determinado por el actor, que en caso de haber sido “tenidas tales pruebas en cuenta”¹²², la decisión hubiera sido diametralmente distinta a la que se adoptó en la providencia objeto de reproche, incumpléndose un requisito indispensable para la configuración de una vía de hecho judicial.

Haciendo referencia específica al dictamen pericial contable, respecto del cual la sociedad actora considera que la objeción formulada no fue probada por la parte demandada en el proceso civil, señala la sociedad Superview S. A., que la solicitud de tutela no se ocupa de estudiar “adecuadamente el dictamen para fijar la precisión y el detalle fundado de las conclusiones a que en él se hubiera llegado, ni mucho menos a indicar cuáles fueron esas conclusiones, sino que transcribe simplemente algunas consideraciones del mismo, que sin las conclusiones carecen de fuerza probatoria.”¹²³

De igual forma, y respecto de la declaración juramentada de Eduardo García Moreno, que según lo indicado por la demandante fue allegada como prueba trasladada al proceso penal “y absorbida por el perito del tribunal”¹²⁴, indica que tanto nuestro derecho, como todos los derechos procesales del mundo, no permiten “que una declaración de un testigo sea ‘absorbida’ por un perito, por lo que queda imposible saber en qué consiste el cargo.”¹²⁵

En lo atinente a la falta de valoración del dictamen pericial practicado por el C.T.I.,

señala que “aun si fuese cierta esa omisión”¹²⁶, no resulta relevante para la decisión, pues la controversia esencialmente estuvo planteada en relación con la reversión de los registros contables a que dio lugar el envío de unas divisas desde el exterior por Luis Alfredo Baena Riviere, y su utilización por Manuel Arturo Rincón Guevara, “reversión que fue encontrada ajustada a la ley por la Superintendencia de Sociedades, según se expresa por la Fiscalía ad quem, y en relación con la cual además, fueron analizadas el Acta de la Junta Directiva N° 29 de 12 de enero de 2001, y las demás operaciones contables correspondientes, así como la correspondencia cruzada entre los ciudadanos mencionados, la sociedad ACOCIVILES y SUPERVIEW.”¹²⁷

Indica que en relación con la falta de apreciación de la prueba grafológica decretada por el Fiscal de primera instancia, la cual no pudo ser practicada porque los peritos no pudieron tener acceso a los documentos originales de las actas N° 33 y 34 “del libro de accionistas de Superview S. A.”¹²⁸, se impone el principio de la lógica formal, que igualmente es aplicable al derecho probatorio, en virtud del cual, para apreciar una prueba es necesario que exista, razón suficiente para concluir que no se configura ningún defecto fáctico. Agregó, que la sola existencia de la prueba en el expediente, no se constituía en un elemento determinante para que el sentido de la decisión hubiera sido diferente.

En lo que hace referencia con la falta de apreciación del testimonio rendido por el doctor Saúl Sotomonte Sotomonte, quien actuó como asesor de la sociedad demandante, y sugirió poner en conocimiento de las autoridades competentes las supuestas irregularidades, consideró el apoderado de la citada sociedad, que la calidad que ostentaba el señor Sotomonte Sotomonte, respecto de Acociviles S. A, lo sitúa como testigo sospechoso, enfatizando en que la supuesta adulteración del libro de accionistas, fue objeto de un amplio debate probatorio, “teniendo en cuenta al efecto las declaraciones de los sindicatos, el Acta No. 29 del 12 de enero de 2001 de la Junta Directiva de Superview, el Acta 31 de ese año de la Asamblea General de Accionistas”¹²⁹, lo cual pone de presente la intrascendencia del cargo.

Igualmente considera el apoderado de la sociedad Superview S. A., que el cargo relacionado con la falta de aplicación de la Resolución N° 786 de 2001, dictada por la Comisión Nacional de Televisión, mediante la cual autoriza una enajenación de

acciones de Superview, se derrumba con solo enunciarlo, pues la providencia dictada por la autoridad judicial demandada “comienza precisamente haciendo referencia a la manera como ingresaron a esa sociedad Manuel Arturo Rincón Guevara, BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION y ACOCIVILES S. A., para señalar luego a continuación el ingreso posterior de Luis Alfredo Baena Riviere, pasando por el análisis del artículo 34 de la Ley 182 de 1995 y las discrepancias sobre su interpretación, para llegar finalmente al concepto emitido por la Comisión Nacional de Televisión en que se señala que la limitante para adquirir como máximo el 15% de las acciones en sociedades de este tipo, no operan para la televisión por suscripción”¹³⁰.

Agrega, que si bien la resolución dictada por la Comisión Nacional de Televisión, no se mencionó por su número, “lo cierto es que sí se analizó su contenido”¹³¹.

Lo relacionado con la falta de apreciación de la revocatoria de los mandatos que fueron conferidos por Luis Alfredo Baena Riviere a Manuel Arturo Rincón Guevara, también fue desvirtuado por la Sociedad Superview S. A., en el sentido de que la decisión objeto de impugnación, indica de manera específica y concreta la existencia de un mandato sin representación “con el que actuó como mandatario Manuel Arturo Rincón en la negociación de las acciones de SUPERVIEW, por instrucciones de Luis Alfredo Baena para que esas acciones fueran adquiridas a nombre de BERNIER INTERNACIONAL CORPORATION. Se manifiesta además, a lo largo de la providencia que cuando Rincón suscribió las acciones guardó silencio sobre su calidad de mandatario y que, finalmente, cuando éste se estableció quedó claro que no habían sido pagadas las acciones de ACOCIVILES S.A., por lo cual se concluyó que el contrato de suscripción de acciones por parte de ACOCIVILES no nació a la vida jurídica, como lo advirtió la propia Superintendencia de Sociedades.”¹³²

Considera igualmente la sociedad Superview S. A., que respecto de los demás yerros fácticos alegados por la demandante, por falta de apreciación de “Actas de Asamblea y de Junta Directiva; recibos y asientos contables; poderes y otros documentos”¹³³, por la generalidad con la que fueron formulados, no cumplen con la carga de demostrar la trascendencia de la supuesta omisión en la apreciación probatoria.

Otro aspecto al que se refiere, es el relacionado con el reproche efectuado a la

interpretación realizada por el funcionario judicial demandado, al artículo 34 de la Ley 182 de 1995, en tanto no demostró que es irrazonable y desproporcionada, y de otra parte, porque en nada “ese error trasciende en cuanto a la reversión de la operación contable y la nueva composición accionaria luego de realizada esta reversión, ni tampoco en la conclusión de la Fiscalía ad quem con respecto a la falta de pago de las acciones de ACOCIVILES S.A.”¹³⁴

Se trata en consecuencia de una discrepancia hermenéutica de la citada disposición, entre la sociedad actora y los alcances dados por la Comisión Nacional de Televisión, circunstancia que no constituye una vía de hecho judicial, ni un error fáctico.

Así mismo, sostiene que el cargo relacionado con el error en la fijación de la cuantía del préstamo de Luis Alfredo Baena Riviere a Manuel Arturo Rincón Guevara para la capitalización de Acociviles S. A., en la sociedad Superview S. A., tampoco es de recibo, en tanto la providencia objeto de reproche llegó a la conclusión de la existencia del crédito en mención, asunto “de carácter patrimonial, ajeno a la jurisdicción penal y, en todo caso lo que si queda claro es que la accionante en tutela insiste en una posición en relación con la que ya se pronunció la jurisdicción, sin que la acción de tutela sea el medio para replantear esa controversia.”¹³⁵

Termina su escrito el apoderado de la sociedad Superview S. A., luego de hacer referencia al desarrollo jurisprudencial efectuado por esta Corporación, respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, indicando que no se encuentra demostrada la existencia de una vía de hecho judicial en la decisión dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de septiembre de 2007, y que si en gracia de discusión las conductas punibles se hubieran configurado, habría operado la prescripción para llevarse a cabo la investigación por parte del Estado, “punto no controvertido por la sociedad accionante en tutela.”¹³⁶

IV. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento de los problemas jurídicos.

El señor Manuel Arturo Rincón Guevara, actuando como representante legal de la sociedad Acociviles S. A., y por intermedio de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, bajo la consideración de que la decisión dictada el 26 de septiembre de 2007, dentro del proceso penal radicado con el N° 639.449, seguido por el delito de hurto agravado por la confianza¹³⁷, mediante la cual dispuso declarar la preclusión de la investigación penal seguida contra Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Martha Liliana Guevara Gallego y Luis Alfredo Baena Riviere, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia e igualdad.

Para el actor, la circunstancia de que la Fiscalía General de la Nación, no hubiera tenido en cuenta al momento de precluir la investigación penal, los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, así como el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993, y el artículo 2177 del Código Civil, configura la causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, denominada por la jurisprudencia constitucional, defecto sustantivo.

De otra parte, planteó la existencia de defectos fácticos, (i) por la falta de valoración de algunas pruebas allegadas al proceso penal¹³⁸; (ii) por cuanto la prueba grafológica sobre los libros de accionistas de Superview S. A., fue decretada, pero no practicada, y (iii) porque a algunas pruebas que obraban en el expediente, “se les dio consecuencias irrazonables y desproporcionadas a su naturaleza.”¹³⁹

Por ultimo, estimó que el derecho a la igualdad también fue transgredido, en tanto no fueron aplicadas las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso concreto, “sin que exista una justificación razonable o una inaplicación expresa de la norma”¹⁴⁰, lo que conlleva a que exista una distinción arbitraria e injusta entre iguales, “pues no existen situaciones de hecho diferentes que permitan un tratamiento que obedezca a dicha diferencia.”¹⁴¹

Por su parte, tanto la autoridad judicial demandada, como las personas vinculadas oficiosamente por esta Corporación, por tener interés directo en la decisión, a partir de argumentos disímiles, coincidieron en solicitar que las pretensiones de la acción de tutela incoada por la sociedad demandante, sean desestimadas, en tanto no existe la vulneración iusfundamental alegada.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como juez de tutela en primera instancia, consideró que la acción de amparo constitucional, no es un mecanismo paralelo o alternativo de protección de derechos, pues sería tanto como convertirla en una tercera instancia, restando legitimidad al juez natural, lo cual contraría los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial.

Por lo anterior, no accedió a la protección constitucional solicitada, bajo la consideración de que es improcedente “por cuanto se pretende a través del trámite excepcional y subsidiario de la acción de tutela dejar sin efecto unas decisiones adoptadas por autoridad competente y en ejercicio de su función jurisdiccional, con lo cual se estaría invadiendo por parte del juez de tutela la autonomía de que gozan los funcionarios judiciales al decidir los asuntos sometidos a su consideración.”¹⁴²

Impugnada la decisión, la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, si bien contempló la posibilidad excepcional de que la acción de tutela proceda contra decisiones judiciales, cuando se trata de una “irrefutable actuación arbitraria no susceptible de corregir por los medios ordinarios y dentro de los cauces procesales de cada asunto”¹⁴³, sostuvo que la decisión objeto de reproche no es irrazonable, ni se opone al ordenamiento jurídico, pues la argumentación expuesta por la autoridad judicial demandada tiene sustento objetivo, y está soportada en “razonamientos que no pueden tildarse de arbitrarios” ¹⁴⁴, razón por la cual confirmó la decisión del a quo.

Así las cosas, le corresponde a esta Corporación, luego del estudio efectuado de la situación fáctica y de las pruebas que reposan en el expediente, determinar cuáles son los problemas jurídicos, para que con base en ellos, se adopte la decisión correspondiente, previas las siguientes consideraciones.

La Sala debe precisar que respecto de los supuestos defectos sustantivos alegados por la

sociedad demandante, en los que incurrió la decisión dictada por la Fiscalía General de la Nación, existe claridad en el escrito tutelar, pues están referidos concretamente a la falta de aplicación de (i) los artículos 384 y 416 del Código de Comercio; (ii) artículo 132 del Decreto 2649 de 1993 y (iii) artículo 2177 del Código Civil, estudio que deberá efectuarse teniendo en cuenta que una de las cuestiones que debió resolver la autoridad judicial demandada, a partir de la denuncia penal presentada por el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, como representante legal de la sociedad Acociviles S.A., era determinar si la reversión efectuada al libro de registro de accionistas de Superview S. A., sin orden de autoridad competente, constituye una conducta punible, aspecto último en el que obviamente la Corte no puede tener ningún tipo de injerencia, en tanto se trata de un asunto que escapa de la competencia del juez constitucional.

No ocurre lo mismo, con los defectos fácticos aludidos, pues la demandante hace una extensa relación de las pruebas que al parecer no fueron tenidas en cuenta por el funcionario judicial demandado, al momento de dictar la decisión que dispuso precluir la investigación penal seguida contra los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Martha Liliana Guevara Gallego y Luis Alfredo Baena Riviere, razón por la cual la Corte al momento de plantear el problema jurídico sobre el que va a discurrir la decisión, en relación con este tópico, deberá hacerlo únicamente respecto de aquellos asuntos que revistan importancia o relevancia constitucional, dejando de lado aquellas cuestiones que plantean una dimensión de naturaleza legal, y las que carecen de las razones por las cuales la falta de valoración de algunas pruebas, constituye una afrenta a derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, los problemas jurídicos que deberá resolver en esta oportunidad la Sala, son los siguientes:

¿La falta de aplicación de los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, 132 del Decreto 2649 de 1993 y 2177 del Código Civil, por parte de la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en la decisión dictada el 26 de septiembre de 2007, que dispuso precluir la investigación penal seguida contra Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, por el delito de hurto agravado por la confianza, configura una vía de hecho por defecto sustantivo?

¿Vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, la circunstancia de que la autoridad judicial accionada, al momento de dictar la decisión que ordenó precluir la investigación, no hubiera efectuado consideración alguna, o mejor, no hubiera valorado algunas pruebas que resultaban ser relevantes, para determinar si la reversión efectuada al libro de registro de acciones de Superview S. A., sin orden de autoridad competente, configuraba el delito de hurto agravado por la confianza, las cuales reposaban en el proceso penal N° 639.449, como es el caso del dictamen pericial rendido dentro del proceso verbal tramitado en segunda instancia ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, allegado como prueba trasladada, así como la experticia realizada por el Grupo de Contaduría Forense de la Fiscalía General de la Nación?

¿Se constituye en un defecto fáctico, el hecho de que la prueba grafológica decretada por la Fiscalía General de la Nación, sobre los libros de registro de acciones de la sociedad Superview S. A., no hubiera sido practicada?

Con el fin de resolver los interrogantes suscitados, la Sala hará referencia (i) a los defectos fáctico y sustantivo como causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales y (ii) resolverá el caso concreto.

3. Los defectos fáctico y sustantivo como causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte ha advertido de manera reiterada, que la acción de tutela en principio, no procede contra las decisiones proferidas por las autoridades judiciales, en tanto (i) se trata de decisiones que constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; (ii) el valor de cosa juzgada de las decisiones que resuelven las controversias planteadas ante los funcionarios judiciales, y la garantía del principio de seguridad jurídica y (iii) la autonomía e independencia que caracteriza el poder judicial, como principio estructurante de los estados democráticos.¹⁴⁵

Sin embargo, este parámetro fue morigerado a partir de la sentencia C-543 de 1992146, en el sentido de que es posible su ejercicio de manera excepcional, cuando

el pronunciamiento del funcionario judicial, equivale a una vía de hecho, producto de la arbitrariedad o el capricho y que no obedezca a una correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.¹⁴⁷ Sobre el particular, la Corte en esa oportunidad sostuvo:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (negritas en el texto original).

Es a partir de este momento, que la jurisprudencia constitucional empieza a decantar los parámetros para que la acción tutelar tenga vocación de prosperidad, respecto de providencias judiciales, cuando se encuentren en entredicho derechos fundamentales, construcción que ha venido efectuándose de manera paulatina.

Inicialmente, la Corte consideró que la acción de tutela procedía contra decisiones de las autoridades jurisdiccionales, únicamente cuando el juez constitucional constataba la existencia de un defecto sustantivo, procedimental, fáctico u orgánico¹⁴⁸, orientación que fue variando a medida que surgían otros asuntos, en los que esta Corporación encontró que no siempre las vías de hecho, eran producto del

capricho y la arbitrariedad de la autoridad judicial, pero que sin embargo, se trataba de decisiones inadmisibles desde la perspectiva constitucional, defecto que dio en llamar el intérprete constitucional, vía de hecho por consecuencia.¹⁴⁹

En ese orden de ideas, la Corte más adelante consideró necesario efectuar un ajuste terminológico al término vía de hecho, acogiendo como más apropiado el de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, denominación que comprende un catálogo más amplio de posibilidades, que en últimas están encaminadas a lograr la garantía efectiva y material de los derechos fundamentales, que pueden ser objeto de trasgresión en la actividad judicial.¹⁵⁰

Este esfuerzo argumentativo, fue recogido finalmente en la sentencia C-590 de 2005151, decisión en la que el Tribunal Constitucional determinó unos presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela generales, que están encaminados a la determinación de la viabilidad del amparo constitucional desde el punto de vista formal, y otros específicos, referidos al estudio del asunto desde una perspectiva material.

Los requisitos de procedibilidad generales, que deben ser verificados íntegramente por el juez de tutela, son: (i) que la cuestión planteada al juez constitucional sea de relevancia constitucional¹⁵²; (ii) que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial, previstos en el ordenamiento jurídico, a menos que se trate de un perjuicio irremediable¹⁵³; (iii) que la acción de amparo constitucional, haya sido interpuesta oportunamente, es decir que se cumpla el requisito de inmediatez¹⁵⁴; (iv) que en el evento de tratarse de una irregularidad procesal, se indique que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁵⁵; (v) que la vulneración reclamada en sede de acción de tutela, haya sido alegada en el proceso judicial respectivo, siempre y cuando hubiera sido posible¹⁵⁶, y (vi) que no se trate de tutela contra tutela.

Por su parte, las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, respecto de las cuales, solamente es necesario la configuración de una de ellas, la Corte determinó que son: (i) el defecto material o sustantivo, que se configura cuando la decisión judicial objeto de reproche, se apoya en normas inexistentes

o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (ii) el defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece de competencia; (iii) el defecto procedimental, que se origina cuando la autoridad judicial dicta la decisión, apartado completamente del procedimiento dispuesto en el ordenamiento jurídico; (iv) el defecto fáctico, surge cuando el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (v) el error inducido o vía de hecho por consecuencia, que se presenta cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) la decisión sin motivación, cuando la providencia carece de fundamentos fácticos y jurídicos, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; (vii) el desconocimiento del precedente, que se presenta, *verbi gratia*, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y (viii) la violación directa de la Constitución.

Comoquiera que el accionante plantea la existencia de defectos fácticos y sustantivos en la decisión dictada por la Fiscalía General de la Nación, la Sala hará una breve referencia, sobre el desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha dado a cada uno de ellos.

El error fáctico en las decisiones judiciales, ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial, y se configura cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”¹⁵⁷

Si bien es cierto que las autoridades judiciales, a partir de los principios constitucionales de autonomía funcional e independencia judicial, cuentan con un amplio margen al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con el fin de llegar al convencimiento libremente (Art. 187 del Código de Procedimiento Civil¹⁵⁸ y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁵⁹), se trata de una atribución que no puede ser ejercida de manera arbitraria, en tanto afectaría garantías constitucionales como el derecho al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, entre otras. Al

respecto, mediante sentencia T-970 de 1999160, esta Corporación sostuvo:

“También ha dicho la Corte Constitucional que no puede predicarse como vía de hecho la interpretación legítima del juez en el plano de lo que constituye la valoración de las pruebas aportadas al proceso, en el ámbito de su autonomía como administrador de justicia; pero si bien es cierto que el juez tiene libertad para valorar las pruebas que obren en el proceso dentro de los parámetros de la sana crítica, dicha interpretación debe ajustarse a los supuestos fácticos y a la realidad misma de ellos, de manera tal que no se desconozca la realización del derecho material y, por ende, el principio de acceso a la administración de justicia.”

Así pues, el juez en el estudio del material probatorio debe adoptar “criterios objetivos¹⁶¹, no simplemente supuestos por el juez, racionales¹⁶², es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos¹⁶³, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”¹⁶⁴

“La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales.”

Igualmente, ha considerado que puede presentarse una dimensión negativa, cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa¹⁶⁶ u omite su valoración¹⁶⁷, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.¹⁶⁸

Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el funcionario judicial.¹⁶⁹ Sobre

el particular, la Corte agregó¹⁷⁰:

“El juez, en el ejercicio de su facultad de valoración, deja de apreciar una prueba fundamental para la solución del proceso, ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio.”

Así por ejemplo, esta Corporación mediante sentencia T-554 de 2003¹⁷¹, protegió el derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de una solicitud de tutela presentada contra la Fiscalía 30 Seccional de Miraflores, despacho judicial que luego de haber decretado y practicado dos pruebas periciales con el fin de determinar si existió acto sexual agravado en una menor de edad, las cuales arrojaron resultados contradictorios, dispuso la práctica de una tercera experticia, a lo cual se opuso la progenitora de la infante, por considerar que le causaría enormes traumatismos a la menor, que conllevarían a la vulneración de sus derechos fundamentales.

Sobre este punto, la Corte consideró que la decisión de la autoridad judicial era razonable, y que no se trataba “de un simple capricho o de un acto arbitrario del funcionario judicial, sino de una medida que se encausa en el mandato constitucional que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación en el sentido de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.”

Sin embargo, y comoquiera que durante el trámite de revisión, con ocasión de la información solicitada, pudo constatarse que el Fiscal demandado precluyó la investigación, sin practicar la prueba en mención, y con dos pruebas antagónicas en el proceso penal, el Tribunal Constitucional concluyó que la autoridad judicial incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, por cuanto (i) dejó de practicar una prueba legalmente decretada que resultaba determinante para dirimir la controversia suscitada con ocasión de los resultados contradictorios que existían en el expediente, “es decir, no se trataba de una prueba mas, que pudiese dejar de ser practicada sin que por ello se alterase la decisión judicial final. Todo lo contrario, esa prueba hubiese despejado toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del señor CC.”; (ii) adicionalmente, porque negó el valor a las demás pruebas que reposaban en el expediente, “para acordárselo solamente a un reconocimiento médico practicado

sobre la menor por un médico no forense y cuyas conclusiones terminan puestas al menos en duda por otro experticio practicado con antelación y cuyos resultados fueron totalmente opuestos” y (iii) en la decisión de preclusión de la investigación, omitió valorar el “testimonio rendido por la víctima, el testimonio de la abuela de la menor, un experticio médico del 17 de julio de 2002 según el cual la niña presentaba “himen desgarrado desde las 2 a las 10 del meridiano del reloj y bordes desgarrados cicatrizados”, a las explicaciones poco convincentes del sindicado y finalmente a la valoración preliminar realizada por un psicólogo oficial quien concluyó que “la menor AA ha sido violentada en su integridad sicosexual, detectando desde el juego inicial la existencia de un abuso sexual”.

En suma, concluyó que la decisión del Fiscal además de constituir un acto de discriminación contra los menores, configura una vía de hecho, en tanto precluyó la investigación, sin que hubiera practicado una prueba que resultaba esencial para dilucidar un punto controversial del proceso; no se realizó una valoración conjunta de todas las pruebas; los indicios no fueron tomados en consideración; se presumió de falsa, sin más, la declaración de la víctima, y en últimas, se aplicó indebidamente el principio in dubio pro reo cuando quiera que el Estado no había tomado todas las medidas que estaban a su alcance para llegar a la verdad de los hechos.

De igual forma, mediante sentencia T-171 de 2006172, la Corte amparó el derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de una acción de tutela presentada contra la Fiscalía General de la Nación, que en el curso de una investigación penal dispuso el decreto y practica de algunas pruebas, incluidas algunas que era menester realizar en el exterior, las cuales a pesar de que no fueron recibidas, no se constituyó en una razón suficiente para que el ente acusador dejara de precluir la investigación penal, bajo la consideración de que los términos de la instrucción se encontraban vencidos.

Luego de encontrar esta Corporación la existencia de un defecto fáctico, sostuvo:

“Es claro que las pruebas, cuya ausencia se examina en esta tutela, fueron solicitadas oportunamente dentro de los términos concedidos para el efecto en el estatuto procesal penal, antes de cerrarse la investigación, y fueron decretadas sin reparo alguno pese a que posteriormente se adujo al cerrarse la investigación que el término para el efecto se

encontraba más que vencido. Por tanto, las pruebas requeridas son legítimas, por cumplir con los parámetros legales exigidos para el efecto, además de perseguir una finalidad constitucionalmente relevante: alcanzar la verdad y la justicia. Además, es claro que no es posible achacar la omisión de su práctica a la parte civil o al agente del Ministerio Público.”

Así mismo, el intérprete constitucional en sentencia T-622 de 2002173, encontró que la decisión de precluir la investigación penal a favor de la señora Patricia Ochoa Marshall, dictada por la Fiscalía Tercera (3ª) Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, incurrió en un vía de hecho, en tanto dejó de valorar pruebas que resultaban importantes para la decisión, pues la denunciada “ejerció el poder general que le confirió el actor para ejercer facultades que no le fueron conferidas; suscribió instrumentos públicos en Colombia con la comparecencia de aquel, cuando él se encontraba detenido en una cárcel europea; engañó a la Notaria Quinta y a la Juez Primera de Familia de Medellín, obteniendo una autorización y una sentencia ilegal; y, a través de estas operaciones despojo al actor de su patrimonio, se apropió de él, y lo transfirió a terceros.”¹⁷⁴

Otro tanto ocurrió en la sentencia T-808 de 2006175, donde la Corte estudió un caso en el que el Juzgado 10 de Familia de Bogotá, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, al dejar de valorar varias pruebas que obraban en el proceso verbal sumario, las cuales mostraban la inconveniencia de autorizar la salida de la menor Sara Milena Guzmán Castro, al Canadá en condición de refugiada, donde conviviría con su progenitora y su compañero permanente, y que fueron pasadas por alto por la citada autoridad judicial. En esa oportunidad, esta Corporación indicó:

“De lo anterior se concluye que (sic) no valoración de muchas pruebas determinantes para identificar el interés superior de la menor, llevaron al juez a obtener una visión incompleta y parcial de las condiciones bajo las cuales se otorgaba el permiso de salida del país de la menor Sara Milena Guzmán Castro, y a desechar de tajo declaraciones, que al ser contrastadas con otros medios probatorios hubieran aportado elementos de juicio determinantes para adoptar una decisión definitiva en ese proceso con miras a proteger el interés superior de la menor. Esto constituye una vía de hecho por defecto fáctico que debe ser corregida.”

También en la sentencia T-932 de 2003176, la Corte decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso de Carlos Humberto Cañas Rivera, por considerar que la decisión dictada por el Tribunal Superior de Tunja, en el trámite de segunda instancia, dentro de un proceso de ejecución seguido contra la Caja de Compensación Familiar de Boyacá -COMFABOY-, que se derivó de la ejecución de un contrato de obra, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, en su dimensión negativa.

El anterior recuento jurisprudencial, es necesario para mostrar que esta Corporación ha considerado los siguientes supuestos, como manifestaciones de defecto fáctico, que darían lugar a la interposición de una acción de tutela contra decisiones judiciales, por configurarse una vía de hecho, siempre y cuando el error en el juicio valorativo de la prueba, sea de tal entidad “que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”¹⁷⁷:

(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas¹⁷⁸.

La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”¹⁷⁹

(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial¹⁸⁰.

Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.”¹⁸¹

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio¹⁸².

Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo

de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada.

Con todo, el defecto fáctico se configura en primer término, cuando el juez aprecia pruebas ilegítimas que han sido allegadas al proceso, ya sea por no haber sido decretadas, practicadas o valoradas con sujeción a las formas propias de cada juicio, o por tratarse de una prueba inconstitucional, es decir que su obtención implicó la vulneración de derechos fundamentales, y en las que la autoridad judicial correspondiente no acudió a la regla de exclusión prevista en el artículo 29 Superior, por tratarse de material probatorio recaudado con violación del debido proceso.

Asimismo, aparece este requisito especial de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, en el supuesto de que (i) el funcionario judicial se abstenga de decretar y practicar una prueba que busca demostrar la existencia de hechos determinantes para adoptar la decisión correspondiente; (ii) cuando a pesar de que existen elementos probatorios relevantes en el proceso judicial correspondiente, la autoridad judicial omite valorarlos, o sencillamente los deja de lado al momento de fundamentar la respectiva decisión, y (iii) cuando el operador jurídico decide separarse sin razón alguna de los hechos que están probados en el proceso, llegando a una decisión arbitraria.

Por su parte, esta Corporación ha considerado en innumerables pronunciamientos, que una decisión judicial incurre en un defecto sustantivo, cuando la decisión que toma el funcionario judicial desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto¹⁸³, bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional o, (v) porque a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

Por ejemplo, en sentencia T-778 de 2005184, esta Corporación concedió el amparo constitucional solicitado por Ati Seygundiba Quigua Izquierdo, tras considerar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, omitió aplicar de manera directa las disposiciones constitucionales, que hacen referencia a la identidad cultural y al principio de diversidad étnica y cultural. En esa oportunidad, sostuvo el intérprete constitucional:

“Las consideraciones de la presente providencia han puesto de presente que en el caso concreto procede una aplicación directa de los artículos 7 y 70 de la Constitución y la excepción etnocultural es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho a la identidad cultural en el contexto del ejercicio de la representación política impidiendo así la exclusión de una ciudadana previamente elegida por voto popular de la participación en una corporación pública en razón a un requisito de edad establecido mediante Decreto.”

De igual forma, mediante sentencia T-243 de 2008185, la Corte encontró que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué, y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, incurrieron en un defecto sustantivo, en un proceso ejecutivo laboral, en tanto aplicaron indebidamente el artículo 99 de la Ley 222 de 1995. Sobre el particular, indicó:

“De ese modo, el Juzgado incurrió en el defecto sustantivo de aplicar una norma legal inaplicable, que es el artículo 99 de la Ley 222 de 1995. Con ello, la autoridad judicial vulnera el derecho de la actora de acceder a la administración de justicia para cobrar las obligaciones clara y expresamente exigibles que tiene contra Empoibagué S.A.- en liquidación-, en conexidad con el debido proceso.

(...)

En este contexto, la Corte encuentra que la Sala Laboral del Tribunal incurre también en el defecto de su inferior. Como éste, pretermite la observancia de las normas que regulan el fuero de atracción en materia de liquidación de sociedades prestadoras de servicios públicos, según las cuales aquél sólo rige cuando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios decide efectuar la toma de posesión (artículos 121 de la Ley 142 de 1994 y 22 literal d) de la ley 510 de 1999). Así, estimó aplicable una norma que no lo es, vulnerando el derecho de la accionante a contar con un recurso judicial efectivo.”

En la sentencia T-485 de 2006186, al resolver la tutela interpuesta en contra de una decisión judicial que desconocía la calidad de trabajador oficial del demandante, la Corte consideró que la sentencia cuestionada adolecía de un defecto sustantivo por cuanto “[n]o podía la Sala Laboral del Tribunal Superior ignorar lo que preveían las normas legales vigentes que regulan las plantas de personal de las empresas sociales del estado del nivel territorial y concluir de manera contraria a lo que ellas establecen, que los celadores, porteros y vigilantes no eran trabajadores oficiales, puesto que todas ellas clasifican esa labor como una actividad propia de servicios generales, y asignan a dichos trabajadores el carácter de oficiales”.

Igualmente, esta Corporación mediante sentencia T-657 de 2006187, decidió una acción de tutela presentada contra una decisión judicial dictada en segunda instancia dentro de un proceso ejecutivo, que dispuso revocar un mandamiento de pago, bajo la consideración de que la entidad demandada, carecía de personería jurídica. En esa oportunidad, la Corte concluyó que “se presentó un defecto sustantivo en el Auto del 27 de mayo de 2004, proferido el Tribunal Superior de Ibagué, toda vez, que el Despacho no dio aplicación al numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia la norma aplicable al caso fue claramente desconocida y no tomada en cuenta por el fallador.”

Por último, en la sentencia T-018 de 2008188, este órgano colegiado encontró que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había incurrido en un defecto sustantivo, no solo porque acogió una disposición inaplicable al caso concreto, sino porque había sido retirada del ordenamiento jurídico, mediante sentencia C-1056 de 2003189, y adicionalmente porque desconocía el principio de favorabilidad en material laboral. Al respecto, sostuvo la Corte:

“Así, el análisis normativo efectuado permite concluir que en efecto la sentencia proferida el 09 de agosto de 2006 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, incurrió en un error sustantivo al aplicar una norma que no podía regular el caso bajo examen, no solamente por haber sido sustraída del ordenamiento jurídico en virtud de pronunciamiento de constitucionalidad, sino porque su aplicación contraría el principio constitucional que impone al juez acoger la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.”

Efectuada esta síntesis sobre algunos pronunciamientos dictados por esta Corporación, en los que ha constatado la existencia de defectos fácticos y sustantivos, entra a continuación la Sala a revolver el caso concreto.

5. Análisis y solución del caso concreto.

5.1. Previo a la determinación de la existencia de los defectos aludidos por el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, como representante legal de la sociedad Acociviles S. A., en la providencia del 26 de septiembre de 2007, dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que dispuso precluir la investigación penal seguida contra los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Martha Liliana Guevara Gallego y Luis Alfredo Baena Riviere, por considerar que “la situación fáctica denunciada, resulta ser atípica y además extraña a esta jurisdicción”¹⁹⁰, la Sala deberá constatar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dispuestos por la jurisprudencia constitucional.

En ese orden de ideas, la Sala estima que la cuestión puesta a consideración en esta oportunidad, es de relevancia constitucional, pues le corresponde determinar si la circunstancia de que la autoridad judicial demandada, hubiera omitido aplicar algunas normas sustantivas del Código de Comercio, que tienen relación con la proscripción de realizar reversiones a los libros de registro de accionistas de las sociedades comerciales, sin orden de autoridad competente, así como dejar de valorar algunas pruebas que resultaban esenciales para desatar algunos puntos controversiales de la denuncia penal presentada por la accionante, se constituye en una situación que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

Así mismo, deberá verificar si el hecho de que la prueba grafológica decretada por el ente acusador en primera instancia, sobre los libros de accionistas de la sociedad Superview S. A., que no fue practicada, se constituye en una razón suficiente para concluir que existe un error judicial por defecto fáctico, en la decisión dictada por el funcionario judicial demandado.

Respecto del requisito de subsidiariedad, la Sala encuentra que la decisión judicial objeto

de reproche, que desató el recurso de apelación propuesto contra la providencia que dispuso no precluir la investigación, no es susceptible de recurso alguno, razón por la cual la sociedad accionada no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos fundamentales.

Así mismo, el amparo constitucional solicitado por la sociedad Acociviles S.A., fue impetrado oportunamente¹⁹¹, pues el proveído de la Fiscalía General de la Nación, que es objeto de impugnación por esta vía, fue dictado el 26 de septiembre de 2007, pero notificado con posterioridad, teniendo en cuenta que los telegramas están calendados del 1° de octubre del mismo año, cumpliéndose en consecuencia el requisito de inmediatez previsto en el artículo 86 Superior.

Por último, la discusión relativa a la falta de valoración probatoria del dictamen pericial trasladado del proceso verbal que surtió trámite de segunda instancia ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue puesta de presente por el apoderado suplente de la parte civil¹⁹², en el escrito radicado el 11 de enero de 2006¹⁹³, ante la Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, al indicar:

“Resulta importante señor fiscal, revisar el dictamen rendido por el perito JOSE ANTONIO FONSECA, dentro del proceso verbal No. 2003 - 9765 que se adelantó por parte de ACOCIVILES contra Superview y que conoció la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, documento aportado al despacho en el que se vislumbra que el perito revisa todas las comunicaciones y antecedentes de la capitalización de la compañía Superview y determina que si existió un préstamo por parte del señor Luis Alfredo Baena al señor Manuel Rincón (...) (Subrayas por fuera del texto original).

Comoquiera que para ese momento, no había sido practicada la prueba pericial por parte del Grupo de Contaduría Forense de la Fiscalía General de la Nación¹⁹⁴, ninguna mención efectuó obviamente la sociedad accionante, con el fin de que fuera tenida en cuenta por parte de la autoridad judicial demandada, al momento de decidir sobre la solicitud de preclusión presentada.

5.2. Cumplidas las condiciones desde el punto de vista formal, la Sala a continuación realizará el estudio de fondo del asunto sub examine, siendo de especial utilidad un

recuento de los hechos que dieron lugar a la denuncia penal formulada por el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, quien actuó como representante legal de la sociedad Acociviles S. A., en los que está soportada fundamentalmente la acción de amparo constitucional.

Luego de que la sociedad Superview S. A., suscribió el 22 de diciembre de 1999, el contrato de concesión N° 213 con la Comisión Nacional de Televisión, cuyo objeto era la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, el 4 de enero de 2001, atendiendo la difícil situación económica, y comoquiera que tenía pendiente por cumplir varios compromisos económicos derivados del citado contrato, la Asamblea General Universal de Accionistas (acta N° 31), dispuso:

“3. AUMENTO DEL CAPITAL SUSCRITO Y DEFINICIÓN DE PAUTAS PARA SU SUSCRIPCIÓN

El representante legal hizo referencia a la situación en la que se encuentra la empresa, como consecuencia de ultimátum fijado por la Comisión Nacional de Televisión, para que procediera a la cancelación de las deudas contraídas mediante el contrato de concesión. Recordó que la CNTV había fijado un plazo perentorio de un mes para efectuar dichos pagos, so pena de aplicar las sanciones legales a que hubiera lugar, entre las que se contemplan las multas, la suspensión de la prestación del servicio y la caducidad del contrato.

El Doctor Juan Carlos Salazar hizo una extensa exposición relacionada con la situación de la empresa frente al incumplimiento del contrato y a las consecuencias que de ello se podrían derivar; y propuso que se adoptara la decisión de arbitrar los recursos económicos necesarios para atender dichas obligaciones, por la vía de la capitalización, de tal suerte que la sociedad no tuviera que verse comprometida con la atención de obligaciones derivadas de la toma de recursos de crédito externo que pudieran hacer más difícil su situación.

A continuación solicito al Presidente, someter a consideración y posterior votación, la siguiente proposición:

‘Auméntese el capital suscrito de la empresa en la suma de setecientos veinte millones de pesos moneda legal colombiana (\$720.000.000), 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; y en consecuencia autorizase a la Junta Directiva para que proceda a emitir el correspondiente reglamento de emisión y colocación de acciones que constituyen el monto aumentado, teniendo en cuenta los siguientes lineamientos básicos: su pago deberá ser en dinero; el valor de las acciones a ofrecer será el nominal; la suscripción estará limitada por el derecho de preferencia en favor de los accionistas; su pago deberá efectuarse en un plazo de treinta (30) días siendo preciso desembolsar, con la suscripción, el sesenta por ciento (60) del valor de cada acción suscrita; la oferta constará de una sola vuelta; y facultando a la Junta Directiva para que adopte las demás pautas orientadas a hacer efectivo el propósito de la sociedad.'

Atendiendo el mandato de la Asamblea General de Accionistas de Superview S. A., la Junta Directiva el 12 de enero de 2001, aprobó el reglamento de emisión y colocación de acciones (acta N° JD-029), en el que dispuso:

“PRIMERO: Ofrecer para suscripción preferencial a los accionistas de la sociedad Superview S.A. la cantidad de setecientos veinte mil (720.000) acciones de las que la sociedad Superview S.A., tiene en reserva, de un valor nominal de un mil pesos moneda legal colombiana (\$1.000.00) cada una.

SEGUNDO: Ofrecer a los accionistas que se encuentren registrados en el libro de registro de accionistas de la empresa, la totalidad de las acciones emitidas, para que éstos manifiesten su aceptación o no de la suscripción, en proporción al monto de sus respectivas participaciones accionarias; esto es, en proporción de a cuatro (4) acciones ordinarias, nominativas, de capital por cada acción que figure suscrita y pagada a la empresa, en el libro respectivo, es decir: a Bernier International Corporation (17%), a Manuel Arturo Rincón (8%), a ITM Televisión S. A. (24%), a Acociviles S. A. (25%), a Eduardo García Moreno (8.25%), a Erick Eduardo García Duarte (9.25%), a Cristóbal Peña Clavijo (7.5%), a Xavier Gallardo Villar (0.5%) y a Juan Carlos Ospina Arango (0.5%) (...)"

El reglamento fue aprobado por unanimidad, y en el mismo se dieron expresas facultades al representante legal de la sociedad Superview S. A., para realizar la oferta a los accionistas, y a emitir los títulos provisionales correspondientes a los montos de las

suscripciones, “los cuales deberán ser cambiados por títulos definitivos que se inscribirán en el Libro de Registro de Accionistas, una vez se obtenga la parte de la CNTV la autorización de cambio de composición accionaria que permitió el acceso de los nuevos accionistas.”¹⁹⁶

Mediante comunicación del 15 de enero de 2001, el señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, como representante legal de la sociedad Superview S. A., y de conformidad con el reglamento de emisión y colocación de acciones, realizó “formal oferta para que, si a bien lo tiene, proceda de conformidad con los términos adoptados por la Junta Directiva.”¹⁹⁷

Fue así como el mismo día, el señor Rincón Guevara indicó al representante legal de la mencionada sociedad “que suscribía el 25% ofrecido”¹⁹⁸, y señaló en la misma misiva que “suscribía a nombre propio el 8% y en nombre de Bernier International Corporation el 17%.”¹⁹⁹ Así mismo, informó que había cancelado directamente a la Comisión Nacional de Televisión, la suma de doscientos dieciséis millones de pesos (\$ 216.000.000) “quedando de esta forma cubierto el valor de las acciones suscritas, (...) en cumplimiento del reglamento de emisión y colocación de acciones.”²⁰⁰

El 26 de enero de 2001, el representante legal de Superview S. A., allegó a Manuel Arturo Rincón Guevara, (i) recibo de caja correspondiente a la cancelación del 60% de la suscripción accionaria y (ii) cuenta de cobro del 40% restante, para ser cancelado antes del 16 de febrero de 2001.

El 9 de noviembre de 2001, la citada sociedad en reunión extraordinaria de accionistas, decidió realizar una nueva capitalización por 800.000 acciones (acta N° 034), autorizando igualmente a la Junta Directiva para que emitiera el reglamento de emisión y colocación de acciones (acta N° JD-034).

Mediante comunicación del 5 de diciembre de 2001, el representante legal de Superview S. A., ofreció a Acociviles S. A., la cantidad de 800.000 acciones que tenía en reserva “de un valor nominal de un mil pesos (\$1.000.00) cada una, con sujeción al derecho de preferencia, y demás términos consignados en el reglamento de emisión y colocación de acciones”²⁰¹, para lo cual el señor Rincón Guevara informó que suscribía 235.696.5 acciones, de conformidad con los parámetros señalados por la Junta Directiva de

Superview S. A.

El 26 de noviembre de 2001 y el 8 de abril de 2002, el señor Rincón Guevara mediante comunicaciones dirigidas al representante legal de la sociedad Superview S. A., solicitó la entrega de los títulos accionarios 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”²⁰², y adicionalmente que “una vez aclarada la situación, los funcionarios de contabilidad y tesorería con la refrendación de la Revisora Fiscal, revirtieron los asientos y generaron los comprobantes correspondientes a la operación, para proceder, en consecuencia, a la emisión de los títulos de acciones a nombre de BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION.”²⁰³

Mediante diligencias del 5 de septiembre y 1° de octubre de 2002, el señor Rincón Guevara, amplió la denuncia formulada, enfatizando en que la sociedad comercial Superview S. A. no le hizo entrega de las acciones adquiridas, con ocasión de las capitalizaciones efectuadas el 4 de enero y 9 de noviembre de 2001²⁰⁴, y que “las acciones de Superview que le pertenecían a Acociviles y que ya estaban registradas en el libro las adjudican a la firma Bernier International Corporation, adulterando de esta forma en el libro de registro de accionistas el porcentaje accionario que le pertenece a Acociviles.”²⁰⁵

Así las cosas, la Sala encuentra prima facie que el objeto de la denuncia penal, estaba orientado a determinar si constituía una actuación que ameritara el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, lo relacionado con el hecho de que la Sociedad Superview S.A. no le hizo entrega de las acciones adquiridas, con ocasión de la capitalización realizada el 4 de febrero y el 9 de noviembre de 2001, y la reversión realizada unilateralmente al libro de registro de accionistas de la misma sociedad, es decir, sin orden de autoridad competente, del capital social del cual era titular el señor Rincón Guevara, como representante legal de Acociviles S. A.

Ese fue el entendimiento que le dio el Fiscal de primera instancia a la denuncia penal (Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá), razón por la cual en el auto de apertura de instrucción, dictado el 28 de agosto de 2003²⁰⁶, dispuso oficiar a (i) grafología forense con el fin de que designara un perito “para que proceda

a realizar estudio sobre el libro de accionistas y los registros contables sobre la citación hecha en la Firma Superview S.A. y determine si fueron objeto de adulteración”²⁰⁷, y (ii) al C.T.I., con el fin de que designara un perito contable “a efectos de que haga el estudio pertinente de cómo fueron contabilizados los dineros de la capitalización de la Firma Superview S.A. en relación a los aportes de la Firma Conciviles (sic), determinándose monto y en qué forma se han cancelado los dividendos percibidos por esta firma, forma de pago y cuál es el beneficiario y concernientes a la recapitalización. (...) Se determinará por el perito si la operación inicial fue objeto de reversión contable y aporte los documentos que la originaron. (...) Así mismo se determinará el momento aportado por la Firma Bernier, cuantía, forma de pago y porcentaje de la recapitalización de acuerdo con el aporte social de ésta y cada uno de los socios.”²⁰⁸

Lo mismo consideró en la providencia del 27 de octubre de 2005, en la que dispuso requerir las pruebas técnicas solicitadas al C.T.I., y adicionalmente ordenó oficiar a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que trasladara al proceso penal como prueba, “copia del dictamen pericial con sus anexos, objeciones, decisiones a las objeciones, pruebas practicadas y valoración de estas con constancia de ejecutoria del traslado de la experticia, que se hayan aportado en el trámite de proceso 9765 de 2003, con indicación clara de la naturaleza del mismo (fl. 435). Se solicitará el envío de copias auténticas como lo impone el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal.”²⁰⁹

El mismo día, y atendiendo la solicitud de preclusión formulada por el defensor de los sindicatos, la misma autoridad judicial dispuso no precluir la investigación, bajo la consideración de que “el acervo probatorio recaudado a la fecha genera duda por las inconsistencias entre el dicho de los procesados y contrasta con las afirmaciones de la denuncia que no han sido completamente desvirtuadas, a diferencia de la conclusión de la defensa.”²¹⁰

Contra la decisión, fue interpuesto recurso de reposición y en subsidio apelación. Resuelto el primero, el funcionario judicial se mantuvo en lo decidido²¹¹, y posteriormente en segunda instancia, la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, decidió revocar el proveído apelado, disponiendo en consecuencia la preclusión de la investigación.

Este breve recuento de la situación fáctica que dio origen a la denuncia penal formulada por el representante legal de la sociedad Acociviles S. A., y del trámite procesal surtido, permite entrar a estudiar los supuestos defectos alegados en este escenario constitucional.

5.3. La providencia dictada el 26 de septiembre de 2007, por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, que dispuso precluir la investigación penal seguida contra Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, es constitutiva de defectos sustantivos.

Una de las razones, por las cuales la sociedad actora considera que existe una vía de hecho judicial, manifestada en un defecto sustantivo, radica en que el funcionario judicial demandado, parte de la consideración errada, de que mediante una reversión contable unilateral realizada por la sociedad comercial Superview S. A., es posible cancelar los registros efectuados en el libro de accionistas, para el caso el registro accionario a favor del señor Rincón Guevara, sin orden de autoridad competente, emitiendo en consecuencia los títulos a favor de otro accionista, que para el caso fue la sociedad Bernier International Corporation, justificando dicho actuar en que el valor pagado por las acciones fue apropiado indebidamente a ese otro accionista, pasando inadvertidos los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, y 132 del Decreto 2649 de 1993 “en una clara arbitrariedad”²¹².

Al respecto, la primera disposición indica que “[l]a suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente. En el contrato de suscripción no podrá pactarse estipulación alguna que origine una disminución del capital suscrito o del pagado.” Por su parte, el artículo 416 de la misma normativa, establece que “[l]a sociedad no podrá negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, que se prevén en esta Sección sino por orden de autoridad competente, o cuando se trate de acciones para cuya negociación se requieran determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.” Finalmente, el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993, señala que “[l]os simples errores de transcripción se deben salvar mediante una anotación al pie de la página

respectiva o por cualquier otro mecanismo de reconocido valor técnico que permita evidenciar su corrección. // La anulación de folios se debe efectuar señalando sobre los mismos la fecha y la causa de la anulación, suscrita por el responsable de la anotación con indicación de su nombre completo.”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que para la autoridad judicial accionada, con la citada reversión unilateral del registro accionario no se estructuraron los tipos penales de estafa y hurto calificado por la confianza, en la investigación penal adelantada, le corresponde determinar a la Sala si las mencionadas normas jurídicas del Código de Comercio eran aplicables al momento de decidir sobre la solicitud de preclusión de la investigación, y si el hecho de haber sido inadvertidas por parte del ente acusador, es una razón suficiente para concluir que se configura un defecto sustantivo, que haga procedente la acción de tutela.

En este contexto, se tiene que las razones esenciales, por las cuales la Fiscalía General de la Nación, consideró que la situación fáctica denunciada era atípica fueron:

En cuanto a la segunda acción punible, esto es el hurto calificado por la confianza, tampoco se puede sostener como lo hace el A-quo, en resolución de fecha 27 de octubre de 2005, porque las divisas monetizadas, declaradas y entregadas como pago de las acciones suscritas, eran de propiedad de BERNIER INTERNATIONAL CORP. y no de ACOCIVILES, por lo cual, no existe un apoderamiento por parte de SUPERVIEW S.A., o LUIS BAENA, porque los mismos, y como se ha demostrado, eran recursos de dicha empresa y fueron contabilizados a la misma, a través de la reversión de los asientos contables.

(...)

Frente a la presunta adulteración en el libro de accionistas, en el sentido que las acciones de Superview S.A. que le pertenecían a ACOCIVILES y que ya estaban registradas en el libro, las adjudicaron a la firma BERNIER INTERNATIONAL CORP., no le asiste razón al denunciante, al considerar que la misma es producto de un delito de falsedad, porque como ha quedado demostrado, esta modificación en sus registros deviene es precisamente, de la reversión de los asientos contables y por ello resultaba consecuente sentar en dichos libros los resultados de la participación accionaria, tanto de

BERNIER como de ACOCIVILES. Lo cual significó sin lugar a dudas que a BERNIER se le registrara la totalidad de acciones suscritas, con ocasión de la capitalización, ordenada por la junta de socios, en el mes de enero de 2001 y reglamentada por la Junta Directiva, en acta J29 (sic), y pagadas de acuerdo a la monetización de los U.S. 100.000; y a su vez, revocar las inscritas a ACOCIVILES, por no haber pagado las mismas.”²¹³
(Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Ahora bien, a partir de las pruebas que reposan en el expediente penal, es claro que Superview Telecomunicaciones, como sociedad anónima, el 4 de enero de 2001, en reunión de Asamblea General de Accionistas (acta N° 31), dispuso aumentar el capital social, estableciendo al mismo tiempo las pautas generales para su suscripción, las cuales fueron materializadas por la Junta Directiva de la misma persona jurídica, en el reglamento de emisión y colocación de acciones, aprobado mediante acta N° JD-029 del 12 de enero de 2001, autorizando adicionalmente al representante legal, para que realizara las ofertas a los accionistas, que para el efecto, el mismo reglamento, indicó en los siguientes términos:

“(…) Ofrecer a los accionistas que se encuentran registrados en el libro de registro de accionistas de la empresa, la totalidad de la acciones emitidas, para que éstos manifiesten su aceptación o no de la suscripción, en proporción al monto de sus respectivas participaciones accionarias; esto es, en proporción de a cuatro (4) acciones ordinarias, nominativas, de capital por cada acción que figure suscrita y pagada a la empresa, en el libro respectivo, es decir: a Bernier International Corporation (17%), a Manuel Arturo Rincón (8%), a ITM Televisión S.A. (24%), a Acociviles S. A. (25%), A Eduardo García Moreno (8.25%), a Erick Eduardo García Duarte (9.25%), a Cristóbal Peña Clavijo (7.58%), a Xavier Gallardo Villar (0.5%) y a Juan Carlos Ospina Arango (0.5%)”²¹⁴

Fue así, como el señor Carlos Humberto Isaza Rodríguez, en calidad de representante legal de Superview S. A., el 15 de enero de 2001²¹⁵, realizó la oferta a Manuel Arturo Rincón Guevara, quien el mismo día manifestó que suscribía “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 (sic) (25%), y la que le corresponde a Bernier International Corporation (17%)”²¹⁶, suscripción accionaria que en lo que hace referencia a Acociviles S. A., y que es

objeto de controversia en la investigación penal, se vio reflejada en el libro de registro de accionistas de Superview S. A.217, lo cual le otorgó el status socii, que la hacía titular de los derechos inherentes a la condición de accionista.

Al respecto, la doctrina ha indicado:

“A partir de la inscripción en el Libro de Registro de Acciones, el suscriptor puede ejercer los derechos inherentes al status socii, dentro de las limitaciones preestablecidas en la ley y en los estatutos, ya sea respecto del voto, o del traspaso o negociación de acciones, o de la participación en las utilidades, del derecho de inspección o fiscalización individual, etc.”218

Estas prerrogativas que confiere la titularidad de una acción219, que suelen alcanzar la categoría de derechos individuales de los accionistas, están determinados “por la falta de administración para excluir el derecho, o para limitarlo más allá de los límites legalmente impuestos”220, encontrándose previstos en buena medida, en el artículo 379 del Código de Comercio, que dispone:

“Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

- 1) El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella;
- 2) El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;
- 3) El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;
- 4) El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los

balances de fin de ejercicio, y

5) El de recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.”

En ese orden de ideas, es claro que hubo una negociación accionaria entre Superview S. A. y Acociviles S. A., y que fue registrada en el libro de accionistas, la que de manera unilateral fue cancelada por el representante legal de Superview, actuación que resulta arbitraria y por ende violatoria del debido proceso, pues desconoce lo previsto en el artículo 416 del Código de Comercio, que establece como imperativo para los representantes legales de las sociedades comerciales, que no podrán negarse a efectuar las inscripciones en el libro de registro de acciones, sino por orden de autoridad competente, lo cual implica que una cancelación en el citado libro de comercio de manera unilateral, sin la garantía del debido proceso, constituye una negativa a efectuar la inscripción derivada del contrato de suscripción de acciones, como lo dispone la citada normativa,

Lo anterior, por cuanto el contrato de suscripción de acciones, como cualquiera otro, no puede ser modificado, resuelto o cancelado motu proprio, es decir, de manera unilateral, pues sería tanto como hacerse justicia por sus propia mano, pasando por alto la función de los jueces en nuestro Estado Social de Derecho a quienes les corresponde decir las controversias relacionadas con la celebración de los contratos y emitir las ordenes correspondientes, previa la garantía del debido proceso y del derecho de defensa de los involucrados.

En efecto, la excusa para la cancelación del registro accionario relacionado con la procedencia de los dineros utilizados por Manuel Arturo Rincón Guevara para efectuar la adquisición de acciones de la sociedad Superview, no tiene ninguna justificación, ni es razón suficiente que autorice deshacer el negocio jurídico celebrado, y por ende reversar los asientos efectuados en el libro de registro de accionistas, pues se trata de un procedimiento arbitrario que pone en vilo el derecho fundamental al debido proceso, en tanto que además de desconocerse lo dispuesto en la ley, vulnera el derecho de defensa de la sociedad demandante pues no tuvo oportunidad, en un escenario adecuado, como lo

sería el judicial, de ejercerlo.

En consecuencia, estas actuaciones de facto realizadas por la sociedad Superview S. A., además de generar consecuencias de naturaleza civil, igualmente tienen la virtualidad de plantear la posible responsabilidad desde el punto de vista penal, pues en últimas el administrador de la citada sociedad está sustrayendo unos títulos valores, sin la existencia de un mandato judicial, ámbito en el que claramente tienen aplicación no solamente los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, sino las demás disposiciones aplicables al caso, pues el hecho de que exista una apropiación indebida de unas acciones nominativas²²¹

, de las que era titular la sociedad Acociviles S. A., daba lugar a que la Fiscalía General de la Nación, realizara una investigación penal exhaustiva, con el fin de determinar el grado de responsabilidad de los implicados, razón por la cual esta Corporación considera que la autoridad judicial demandada incurrió en claros defectos sustantivos, por pasar desapercibidos elementos normativos importantes, que probablemente la hubieran llevado a una decisión completamente diferente de la adoptada.

Por último, y respecto de la falta de aplicación del artículo 2177 del Código Civil, por parte de la autoridad judicial demandada, la sociedad comercial actora sostuvo que la decisión objeto de controversia constitucional, reconoció la existencia de un mandato sin representación entre Manuel Arturo Rincón Guevara y Luis Alfredo Baena Riviere, “pero sorpresivamente concluye que RINCON GUEVARA se extralimitó en el mismo, sin tener soportes para ello y, por el contrario, sin disponer de pruebas como el mismo dicho de la contadora de Superview que confiesa la existencia de ese mandato y el alcance de éste.”²²² (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Al respecto, la providencia indicó:

“Este hecho, considerado así conlleva a sostener que RINCON quien actuaba ante la sociedad SUPERVIEW S.A., como mandatario sin representación de BAENA, se excedió o abusó del mismo, al dar un destino diferente a los dineros enviados por la sociedad BERNIER y los cuales fueron depositados en la cuenta corriente de la firma ZALAZAR (sic) & ABOGADOS y monetizados a través del Banco de Colombia con destino a la

Comisión Nacional de Televisión, y declarados como inversión extranjera por el propio RINCON.

Por ello, se concluye que RINCON GUEVARA, en su condición de mandatario sin representación, empleo en sus propios negocios, los fondos que le suministro BERNIER INTERNATIONAL CORP., al darles un destino distinto, al acuerdo realmente pretendido y que ha explicado a lo largo de este proveído.”²²³

En conclusión, determinado que las actuaciones realizadas por la sociedad Superview S. A., son arbitrarias, que pueden llegar a ser constitutivas de responsabilidad penal, y que existían adicionalmente para la autoridad judicial demandada suficientes elementos normativos para llegar a dicha conclusión, que fueron injustificadamente desatendidos, la Sala procede a continuación, a determinar si el acervo probatorio allegado al proceso penal, tenía la virtualidad de conducir a una decisión completamente diferente a la que llegó la Fiscalía demandada, cual fue la preclusión de la investigación penal.

5.4. La decisión dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en defectos fácticos, por falta de valoración de algunas pruebas que daban cuenta de las irregularidades realizadas por la sociedad Superview S. A.

5.4.1. El representante legal de la sociedad Acociviles S. A., en el escrito tutelar, realizó una extensa mención de las pruebas que supuestamente no fueron tenidas en cuenta por parte del funcionario judicial demandado al momento de dictar la providencia el 26 de septiembre de 2007, que dispuso precluir la investigación penal seguida contra Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego.

Sin embargo, y por razones metodológicas, la Corte identificará los asuntos de relevancia constitucional, sobre los cuales discurrió la decisión objeto de reproche, con el fin de determinar si los defectos fácticos alegados en realidad se configuraron, y si es del caso, que el juez de tutela intervenga con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, posibilidad que ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional, en los siguientes términos:

“[L]a Corte, al ejercer su función de revisión, no tiene el deber de estudiar en detalle todos

los aspectos y puntos planteados por el actor en su solicitud de tutela, pues no constituye una tercera instancia en la resolución de esta clase de controversias. En efecto, si una función básica de la revisión es unificar la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales, y si la Corte tiene la potestad discrecional de seleccionar qué casos merecen revisión para tal efecto, entonces es claro que la Corte goza también de una razonable discrecionalidad para delimitar los temas que en el caso concreto ameritan un examen en sede de revisión. No tendría sentido que la Corte tenga una plena discrecionalidad para decidir si estudia o no un caso, pero que, por el contrario no goce de ninguna discrecionalidad para delimitar los temas jurídicos que en cada caso deben ser examinados para efectos de desarrollar su función de unificación jurisprudencial.

(...)

Pues bien, la Corte considera que el análisis en sede de revisión, ya sea por una de las salas o por la Corporación en pleno, (i) no puede dejar de lado los asuntos con relevancia constitucional y, ligado a lo anterior, (ii) tampoco puede dejar de analizar puntos que claramente llevarían a una decisión distinta. Lo primero se justifica ante la necesidad de abordar los elementos necesarios para una valoración constitucional recta y transparente que no está subordinada a los elementos del caso concreto sino a la trascendencia del debate constitucional; lo segundo, atendiendo razones de justicia material y prevalencia del derecho sustancial, especialmente en cuanto a la protección de derechos fundamentales se refiere.

(...)

De otro lado, la Corte resalta que la posibilidad que tiene de delimitar el tema a ser debatido en las sentencias de revisión deriva del propio diseño constitucional, que le confirió discrecionalidad para revisar los distintos casos de tutela (CP. artículo 86). Y esa delimitación puede hacerse de dos formas: (i) mediante referencia expresa en la sentencia, cuando al analizar los asuntos objeto de revisión circunscribe claramente el objeto de estudio, o (ii) tácitamente, cuando se abstiene de pronunciarse en relación con algunos aspectos que no tienen relevancia constitucional, hecho este que autónomamente considerado no genera violación al debido proceso.

(...)

Conforme a lo anterior, si en sede de revisión la Corte no tiene el deber de estudiar en detalle todos los puntos planteados por la solicitud de tutela (precisamente por no ser una instancia adicional), entonces es obvio que el mero hecho de que una sentencia de una Sala de Revisión no haya estudiado un tema o una pretensión de la demanda no configura, en sí mismo, una violación al debido proceso susceptible de generar la nulidad de la sentencia.”²²⁴ (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

5.4.2. En tal contexto, el primer asunto que fue resuelto por el funcionario judicial demandado, y en el que se plantea la primera contradicción, y desconocimiento de algunas pruebas relevantes allegadas al proceso penal, fue el relativo a la condición de accionista de la sociedad Superview S. A., de Manuel Arturo Rincón Guevara, como personal natural, y como representante legal de Acociviles S. A., pues inexplicablemente, luego de que hizo referencia al contrato de cesión de acciones realizado entre los señores Francisco Hernando Giraldo Borda y Erick Eduardo García Duarte, propietarios iniciales de la totalidad del capital social de Superview S.A, con Manuel Arturo Rincón Guevara y Luis Alfredo Baena Riviere, como representantes legales de las sociedades Acociviles S. A. y Bernier International Corporation, respectivamente, concluyó sin mayores consideraciones, que el señor Rincón Guevara no tenía la calidad de accionista ni “como persona natural ni jurídica”²²⁵. Al respecto, la providencia objeto de estudio señaló:

“6.4. Delimitado el tema, pasa esta delegada a analizar la prueba allegada al plenario, para determinar si asiste razón o no, al disenso planteado por el recurrente, y para ello se considera oportuno, realizar el mismo, desde el origen de BAENA Y RINCON como socios de la empresa SUPERVIEW S.A. y sus diferentes actuaciones con ocasión de la capitalización de enero de 2001 y la reversión de las acciones capitalizadas por ACOCIVILES.

6.5. El ingreso de aquellos como socios de la empresa SUPERVIEW S.A., se remonta al reconocimiento que se realizara en favor de cada uno de ellos, por la labor desarrollada en cumplimiento del contrato de promesa de cesión de acciones, suscrito entre ellos y FRANCISCO HERNANDO GIRALDO BORDA y ERIK EDUARDO GARCÍA DUARTE, dueños y poseedores del 100% del capital accionario que compone el capital pagado de la sociedad SUPERVIEW S.A., el que se finiquitó, cuando se realizó la cesión de acciones por

parte de ERIK EDUARDO GARCIA DUQUE, a MANUEL ARTURO RINCON GUEVARA en un 25%, las cuales fueron suscritas a nombre de la empresa ACOCIVILES LTDA (sic), a finales de año 2000 y para el día 4 de enero de 2001, cuando en asamblea general universal de accionistas, según acta No. 31, el accionista ITM S.A. Televisión S.A., manifestó su deseo de ceder acciones entre otros, a MANUEL ARTURO RINCÓN GUEVARA, en 8% y en un 17% a BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION, las cuales fueron aceptadas por MANUEL RINCÓN en nombre propio y en representación de BERNIER.

Lo antecedente conllevó, a que la composición accionaria de Superview S. A. se modificara al reconocer como socios a COCIVILES (sic) con un 25 %, a BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION con 17% y MANUEL RINCÓN en un 8%.”226

Enseguida, la misma providencia hizo referencia al mandato sin representación que existía entre Luis Alfredo Baena Riviere y Manuel Arturo Rincón, indicando que “las acciones suscritas a nombre de RINCÓN GUEVARA, no eran a nombre propio, si no (sic) en representación de BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION”, para concluir sin soporte probatorio alguno, que “hasta el 4 de enero de 2001, MANUEL RINCON no era socio de la Empresa SUPERVIEW S.A. como persona natural ni jurídica, que con ocasión de la cesión de acciones realizada ese día en asamblea general de accionistas, por parte del socio I.T.M., adquirió dicha calidad, al adjudicársele acciones en un porcentaje del 8%, las cuales si bien fueron suscritas a su nombre, las mismas pertenecían (sic) BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION.”227 (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Es claro para la Sala, que el Fiscal desconoció abiertamente pruebas fundamentales para determinar la condición de accionista del señor Rincón Guevara, en la sociedad Superview S. A., como el dictamen pericial rendido en el proceso verbal sumario que surtió trámite de segunda instancia ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, del cual no se hizo mención en la providencia objeto de reproche, a pesar de haber sido una prueba legalmente decretada, practicada, y oportunamente allegada al proceso penal, que da cuenta entre otras cosas, de que Manuel Arturo Rincón Guevara, como representante legal de Acociviles, fue accionista de la sociedad Superview antes de la reunión de Asamblea General de Superview, llevada a cabo el 4 de enero de 2001228.

Así mismo, dejó de lado documentos que le permitían tener una visión completa al momento de decidir el asunto objeto de discusión, como las actas N° 31 del 4 de enero de 2001, que da cuenta de la composición accionaria de la sociedad Superview S. A., para ese momento, y la N° JD-029 del 12 de enero del mismo año²³⁶, que si bien es cierto como lo indica la misma sociedad comercial, fue citada “en los puntos 6.3., 6.7., 6.8., y 6.17.”²³⁷, se trata solamente de menciones generales, que no obedecen a una valoración probatoria exhaustiva realizada por el funcionario judicial demandado.

En suma, no cabe duda que en el primer asunto objeto de estudio por parte de la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, omitió valorar pruebas que resultaban de suma importancia para determinar la condición de accionista del señor Manuel Arturo Rincón Guevara, como representante legal de Acociviles S. A., en la sociedad Superview S. A., razón por la cual la Corte considera que se configura una vía de hecho por defecto fáctico en su dimensión negativa.

En ese orden de ideas, consideró el citado funcionario judicial, que es precisamente la distribución de los mencionados dineros, “la que debe ser objeto de un cuidadoso análisis, para poder determinar atendiendo la prueba allegada, el verdadero propósito del dinero recibido en Colombia y enviado por LUIS ALFREDO BAENA RIVIRE (sic), si era para capitalizar el 60 % de las acciones ofrecidas a BERNIER y un préstamo que este (sic) le realizaba a RINCON, para capitalizar el 60% de las acciones brindadas a ACOCIVILES, como se señala por parte del denunciante, o por el contrario, para capitalizar el 100% de las acciones de BERNIER como lo sostiene el sindicato BAENA y por lo cual, luego de un cruce de comunicaciones entre estos, la firma SALAZAR & ABOGADOS y la Empresa SUPERVIEW S.A., sobre el origen del dinero, conllevó a la revisión de los asientos contables efectuados con base en la consignación de los 216.000.000 y la reversión de los mismos, para tenerlos como pago de la capitalización, a favor de la firma BERNIER.”²⁴⁰

Con el fin de desatar este punto, que consideró el eje de la investigación y desacuerdo, indicó en primer término, que los doscientos dieciséis millones de pesos (\$ 216.000.000), “de acuerdo a la prueba arrimada al plenario”²⁴¹, provienen del giro de cien mil dólares (U.S. 100.000), realizado por la firma Bernier International

Corporation, “divisas que para su monetización se utilizó la cuenta corriente perteneciente a la sociedad ‘Salazar & Abogados’, por solicitud del mismo RINCON.”²⁴²

A continuación, sin hacer mención de la respectiva prueba, ni mucho menos valoración probatoria alguna, el Fiscal 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, concluyó ligeramente que “[s]obre esta suscripción y aceptación se debe decir, que el plenario cuenta con la prueba, para señalar sin dubitación alguna, que la capitalización del 60%, realizada a nombre de RINCON por el 8% de las acciones a él ofrecidas, realmente pertenece es a BERNIER INTERNATIONAL CORPORATION, de acuerdo a la carta suscrita por el propio RINCON y remitida a CARLOS HUMBERTO ISAZA en su condición de presidente de la mencionada empresa SUPERVIEW S.A., el día 12 de junio de 2001.”²⁴³ (Subraya por fuera del texto original).

Perplejidad genera sin duda alguna, la conclusión a la que arribó la autoridad judicial demandada, pues si inicialmente buscaba según su decir, establecer si el dinero girado del exterior por el señor Baena Riviere, correspondía a la capitalización del 60 % de las acciones suscritas por Manuel Arturo Rincón Guevara, a nombre propio, Acociviles S. A. y de Bernier International Corporation, o solamente al 100 % de ésta última, la conclusión correspondiente debería obedecer a un análisis probatorio riguroso, y no como ocurrió en la presente oportunidad, donde determina sin fundamentar su decisión en elementos probatorios consistentes, que el 8% de las acciones capitalizadas por el señor Rincón Guevara, a nombre propio, en realidad pertenecen a la sociedad Bernier International Corporation.

Nótese que inclusive la decisión resulta falta de motivación, pues si lo que buscaba el funcionario judicial demandado era determinar la distribución que debió dársele al dinero girado por el señor Baena Riviere, olvidó indicar entonces, apoyado en los elementos probatorios con los que contaba en el proceso penal, por qué razón concluía que “con la consignación de los \$ 216.000.000, se pagó el 60 % de las acciones ofrecidas, tanto de RINCON, (en su calidad de mandatario sin representación de Bernier), las de la empresa BERNIER y las de ACOCIVILES.”²⁴⁴

En efecto, verificado el acervo probatorio que reposa en el expediente penal, el funcionario judicial demandado omitió valorar como prueba determinante el dictamen pericial trasladado, que concretamente se ocupa de analizar lo relacionado con el préstamo que supuestamente existió entre Rincón y Baena, indicando al respecto:

“Las comunicaciones anteriormente relacionadas, indican que existió un préstamo por parte de Bernier International Corp., al señor Manuel Arturo Rincón, para que este último realizara una capitalización en Superview a nombre de Acociviles. Aunque si bien en algunas comunicaciones del señor Baena se menciona la cantidad de \$36.000.000 a favor de Bernier no se puede desconocer que según documentos, el valor del pago realizado por el señor Rincón fue por \$106.504.385 por la cesión de derechos patrimoniales derivados del contrato de promesa de compraventa No. 005 entre la Sociedad Urbanizadora Nueva Bogotá y el IDRDR por parte del señor Rincón a la sociedad B.F.S. S en C.

Es de anotar que la inversión realizada por capitalización de Acociviles en Superview en Enero 12 de 2001, correspondiente al pago del 60% sobre el 25% a que tenía derecho según su participación accionaria vigente para esa fecha, asciende a la suma de \$108.000.000, por lo que se deduce que el señor Rincón canceló dicha suma con dinero proveniente de un préstamo por parte de Bernier International Corp., este sería el monto del préstamo otorgado al señor Rincón.

Luego como se mencionó en párrafos anteriores, el señor Rincón cedió los derechos económicos del segundo pago o saldo del precio de un contrato de compraventa sobre el inmueble ‘San Cayetano’ a la Compañía B.F.S. S en C. cuyo representante legal era en ese momento el Señor Luis Alfredo Baena, el mismo que aparece recibiendo un pago de parte del Instituto de Recreación y Deporte por valor de \$ 106.504.358, se podría suponer que el préstamo otorgado por el señor Baena al señor Rincón fue cancelado con dicha cesión de derechos.”²⁴⁵ (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

No cabe duda, de que este documento aportado oportunamente al proceso penal, le puede brindar elementos importantes al Fiscal 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, para decidir si todo lo que se derivó del giro efectuado por

el señor Baena Riviere, puede configurar en un momento dado una conducta punible que exija la intervención del Estado.

Por lo anterior, la Sala concluye que respecto del segundo aspecto que fue objeto de estudio por parte de la autoridad judicial demandada, igualmente se configura una vía de hecho por defecto fáctico, pues la autoridad judicial demandada, omitió valorar una prueba que resultaba decisiva para adoptar la decisión correspondiente.

5.4.4. El tercer asunto que fue objeto de estudio en la providencia impugnada, tiene relación con la reversión de los asientos contables de la sociedad Superview S.A. “y la generación de unos nuevos comprobantes, esta vez, de acuerdo a lo probado, es decir, a nombre de la empresa BERNIER INTERNATIONAL CORP y además que se deje en depósito los TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS para una futura capitalización por parte de esa empresa, registrándose contablemente de esta forma, sin soporte la capitalización del 60% de las acciones realizada a nombre de ACOCIVILES.”²⁴⁶

Así las cosas, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, siguiendo los lineamientos del acto administrativo dictado por la Superintendencia de Sociedades, el 1° de abril de 2003, y “junto a los demás medios de prueba”²⁴⁷, que no menciona expresamente, consideró que al estar demostrado que el dinero girado por el señor Luis Alfredo Baena Riviere, era para que la sociedad Bernier International Corporation, capitalizara en Superview S. A., la consecuencia que se generaba era la reversión de los asientos contables “con fundamento y soporte en la documentación allegada por BAENA a la mencionada sociedad, es decir, no se observa comportamiento contrario a la ley, por tal motivo la reversión está respaldada con soportes de orden externo que resulta idóneos y suficientes para dicha operación contable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 123 del D. 2649 de 1993.”²⁴⁸

De igual forma, estimó que la presunta adulteración al libro de registro de acciones de Superview S. A., no existió, pues la consecuencia de la reversión de los asientos contables, era precisamente “sentar en dichos libros los resultados de la participación accionaria, tanto de BERNIER como de ACOCIVILES. Lo (sic) cual significó sin lugar a dudas que a BERNIER se le registrara la totalidad de acciones suscritas, con ocasión de la capitalización, ordenada por la junta de socios, en el mes de enero de 2001 y

reglamentada por la Junta Directiva, en acta J29 (sic), y pagadas de acuerdo a la monetización de los U.S. 100.000; y a su vez, revocar las inscritas a ACOCIVILES, por no haber pagado las mismas.”²⁴⁹

Sobre el particular, la prueba técnica trasladada al proceso penal, indica:

“La reversión contable efectuada en relación al aporte por capitalización realizado por el señor Rincón en enero de 2001, fue efectuada por sugerencia de la Gerencia de Superview al recibir ésta comunicaciones del señor Luis Baena y/o Bernier Internacional Corp., donde afirmaba que el total del dinero aportado para la mencionada capitalización, le pertenecía en su totalidad. Dicho registro contable fue efectuado mediante la nota de contabilidad No. 004 realizada en Junio 19 de 2001, cuyo concepto es la reversión de los recibos de caja No. 001 y 002, sin que los mismos hayan sido registrados inicialmente, ya que en su lugar se registró la nota de contabilidad No. 11.

(...)

Como se observa en el cuadro anterior, la reversión contable afectó únicamente la inversión realizada como capitalización por el señor Manuel Rincón a nombre propio y en representación de Acociviles en un monto de 34'560.000 y 108.000.000 respectivamente, pasando a favor de Bernier International Corp, en la suma de 106.560.000 y la diferencia de 36'000.000 fue registrada como préstamo para cancelación de la CNTV, sin embargo la Revisora Fiscal Certificó que dicha diferencia fue registrada como reserva para futuras capitalizaciones.

No aparece documento en el cual conste quien autorizó la reversión a pesar de haberlo solicitado.”²⁵⁰ (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Por su parte, el dictamen realizado por el Grupo de Contaduría Forense de la Fiscalía General de la Nación, señaló:

“De acuerdo con los documentos contables examinados se pudo evidenciar que la operación inicial anteriormente señalada, fue objeto de reversión mediante la Nota de contabilidad No. 4 del 19 de junio de 2001, mediante la cual se registró la reversión de los recibos de caja Nos. 1 y 2, afectándose las siguientes cuentas contables (folio 55

anexo)251

(...)

Observaciones:

1) La suma de 216 millones de pesos pagada a la Comisión Nacional de Televisión corresponde al 60% de lo capitalizado y pagado por Bernier, Rincón y Acociviles conforme al reglamento de emisión y colocación de acciones.

2) Respecto a los documentos que originaron esta reversión, es importante mencionar que mediante Oficio No. 095 de abril 20 de los corrientes, el suscrito perito solicitó a la Doctora OLGA LUCIA TALERO el documento mediante el cual se autorizó la reversión de la operación contable registrada con Nota de Contabilidad No. 004 de fecha junio 19 de 2001, relacionada con los recibos de caja Nos 01, 02 y 03 de enero 15 de 2001.

En respuesta a lo requerido, en el oficio de fecha 27 de abril de 2006, no se adjuntó el documento mediante el cual se autorizó en forma expresa dicha reversión, sino que se allegaron los documentos relacionados en el folio 4 del presente informe, los cuales no reúnen las condiciones de soporte contable, de acuerdo con el decreto 2649 de 1.993.”252(Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Respecto de este último dictamen, la sociedad Superview S. A., consideró que “aun si fuese cierta esa omisión”253, la controversia que dirimió el funcionario judicial demandado, “versó en lo esencial sobre la reversión de los registros contables a que dio lugar el envío de unas divisas desde el exterior por Luis Alfredo Baena y su utilización por Manuel Arturo Rincón, en esa negociación comercial”254, cuestión última que si bien resulta ser cierta, respecto de la orientación dada en la decisión que motivó la acción de tutela, no armoniza con el deber que tienen los funcionarios judiciales de garantizar un acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual les impone entre otras cosas, efectuar una valoración de todo el material probatorio que reposa en el expediente, cuestión que no ocurrió en la presente oportunidad, razón por la cual sobre este tópico, igualmente se configura un defecto fáctico.

Estos son entonces para la Sala, los asuntos de importancia constitucional, sobre los

cuales recayó la decisión dictada por la autoridad judicial demandada, correspondiéndole a continuación, efectuar el estudio de algunos aspectos adicionales, puestos de presente por la sociedad demandante, que para esta Corporación no son constitutivos de ningún tipo de anomalía, que represente la existencia de una vía de hecho.

5.4.5. Un reparo adicional que plantea la sociedad demandante, radica en que la prueba grafológica decretada por la Fiscalía General de la Nación, no fue practicada, a pesar de que en dos oportunidades se intentó el recaudo de la misma, poniendo de relieve que “SUPERVIEW no acató la orden judicial y aún a la fecha, no se ha recaudado esa prueba, vulnerando el Derecho a la Prueba. Tampoco (sic) tenida en cuenta por la delegada de segunda instancia.”²⁵⁵

En efecto, mediante providencia del 28 de agosto de 2003, el Fiscal de primera instancia, solicitó a grafología forense “la designación de un perito para que proceda a realizar estudio sobre el libro de accionistas y los registros contables sobre la citación hecha en la Firma Superview S.A. y determine si fueron objeto de adulteración. La referida compañía deberá dejar a disposición los libros para el estudio correspondiente”²⁵⁶, orden judicial que fue reiterada el 27 de octubre de 2005, por la misma autoridad, al disponer “la realización de estudio de grafología forense sobre los libros de accionistas de la empresa Superview como lo dispuso la misma resolución (fl 104 punto 4).”²⁵⁷

Mediante oficio N° DG-262500 del 28 de noviembre de 2005, el coordinador de documentología y grafología forense de la Fiscalía General de la Nación, sobre la solicitud efectuada indicó:

“[M]e permito informar a su despacho que para realizar un estudio Grafológico o Documentológico, con las normas del laboratorio, protocolos y que cumpla con los requisitos exigidos en un estudio de esta naturaleza, se necesitan obtener abundantes muestras manuscriturales de cada amanuense (s) o las personas, y que si es de documentos se debe tener presente patrones coetáneos o contemporáneos, con el fin de llevar a cabo los cotejos de rigor. Así mismo solicitarle comedidamente el desglose de los documentos a que hace referencia y allegarlos al laboratorio de Grafología, con el objeto de someterlos a los análisis respectivos, mediante la ayuda de los equipos

adecuados como; video comparador docucenter y el microscopio estereoscópico, necesarios en esta clase de estudio, y verificar con exactitud la posible alteración.”²⁵⁸

Atendiendo la citada misiva, mediante providencia del 9 de diciembre de 2005, el Fiscal 157, dispuso “SOLICITAR el estudio técnico sobre el libro de accionistas a la DIJIN lofoscopia en el mismo sentido que se ordenara en el auto del 28 de agosto de 2003 que dice: (...)”, orden respecto de la cual, según lo verificado en el expediente penal, no aparece respuesta alguna, lo cual muestra sin lugar a equívocos que dicha prueba no fue practicada.

No obstante lo anterior, la Sala considera que no toda omisión en la práctica de una prueba, constituye per se una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues un raciocinio que le corresponde efectuar al juez constitucional, es si dicho elemento probatorio resulta ser indispensable para desatar el objeto de la discusión jurídica, de tal suerte que no genere un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional, que en últimas no va a contribuir en nada para resolver la controversia propuesta.

Sobre el particular, esta Corporación ha considerado que “[l]a sola omisión en la valoración o práctica de una prueba, no es constitutiva de una vía de hecho. Para que ésta se produzca, debe tratarse de errores manifiestos u ostensibles, atribuibles a una actitud caprichosa o arbitraria del funcionario competente. Además, esas pruebas deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo. En consecuencia, no hay vía de hecho cuando no se practican pruebas o se omite la valoración de las existentes, pero la decisión se fundamenta en un análisis coherente de otros elementos de juicio.”²⁵⁹

En tal contexto, y comoquiera que la intención del ente acusador, es constatar que la reversión en el libro de registro de acciones de la sociedad Superview S. A., tuvo lugar, la Corte considera que por tratarse de un hecho que está suficientemente probado en el proceso penal, mediante los dictámenes periciales allegados, la declaraciones de los sindicatos, y con mayor razón, con los folios del citado libro de comercio, que da cuenta de la anulación del registro efectuado a nombre de Acociviles S.

A.260, de manera unilateral, esta Corporación considera que la práctica de la citada prueba técnica es fútil, razón por la cual la omisión en la que incurrió la Fiscalía General de la Nación, no constituye el defecto fáctico alegado por la demandante.

5.4.6. Similar cuestión ocurre con la declaración del señor Saúl Sotomonte Sotomonte, que según lo dicho por la accionante fue practicada por el Fiscal de primera instancia, pero “tampoco valorada por la delegada”²⁶¹, afirmación que luego de ser verificado el expediente penal, debe ser desvirtuada, pues se trata de una prueba que no fue practicada por la Fiscalía General de la Nación, a pesar de haber sido decretada en varias oportunidades²⁶², y que igualmente, si fuera recaudada o allegada al proceso, no aportaría elementos determinantes para adoptar la decisión a que haya lugar, por parte de la autoridad judicial demandada.

5.4.7. Igualmente considera la actora, que también fue desconocida la declaración juramentada efectuada por el señor Eduardo García Moreno, ante el Tribunal Superior de Bogotá, “prueba esta, que reúne los requisitos de plena prueba al no haber sido controvertida y allegada como prueba trasladada al proceso penal y absorbida por el perito del Tribunal, tampoco valorada por la delegada de segunda instancia.”²⁶³

Sin embargo, se trata de una pieza procesal que no fue allegada al expediente penal, por cuanto dicha diligencia no se llevó a cabo en el trámite del proceso verbal sumario, lo cual fue puesto de presente en la audiencia de fallo realizada el 27 de abril de 2005, en la que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, indicó:

“El 23 de febrero de 2005, en audiencia legalmente constituida dispone la Sala tener como prueba la documental aportada por las partes; ordena recepcionar las declaraciones de Manuel Arturo Rincón Guevara (la que a la postre se dispuso no tener en cuenta en razón de ser el representante legal de la demandante y ser prueba impetrada por ella misma), Norberto Salamanca, Eduardo García Moreno y Luis Alfredo Baena Riviere, recaudándose únicamente la del último citado, por no haber comparecido los restantes.” (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Lo anterior, es razón suficiente para considerar que se trata de un cargo indebidamente formulado por la accionante, respecto del cual la Sala no entrara a realizar consideración alguna, por obvias razones.

5.4.8. Ahora bien, la Corte considera que los argumentos expuestos por la sociedad accionante, respecto de la falta de valoración probatoria de las indagatorias, no revisten importancia constitucional, siendo en consecuencia el escenario del ente acusador, el propicio para poner de presente la supuesta falta de atención de las declaraciones de los sindicatos, máxime, cuando en realidad como lo plantea la sociedad Superview S. A.264, el escrito de tutela plantea una evidente contradicción e incoherencia en este cargo, en tanto inicialmente considera que se le dio “mayor valor probatorio a las indagatorias de estos, que los peritajes, los documentos y demás medios idóneos de prueba”²⁶⁵, y posteriormente en el acápite denominado “La providencia judicial objeto de reproche contiene defectos fácticos porque desconoce las pruebas obrantes en el proceso, al no considerarlas ni estudiarlas”²⁶⁶, señala que las indagatorias fueron desatendidas por la autoridad judicial demandada. (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

5.4.9. Así las cosas, y constatada la no valoración de pruebas allegadas oportunamente al proceso penal N° 639.449, que conllevan la existencia de defectos fácticos en la decisión dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, la Sala considera que las demás pruebas a las que hace alusión la sociedad comercial demandante, tales como (i) actas de asambleas y de junta directiva; (ii) revocatoria de mandatos; (iii) resolución N° 786 de 2001, dictada por la Comisión Nacional de Televisión; (iv) recibos y asientos contables; (v) poderes y (vi) documentos, respecto de las cuales fueron planteadas consideraciones vagas, que no le permiten hacer ningún tipo de consideración al juez de tutela, podrán ponerse de presente en el trámite del recurso de apelación que deberá surtir nuevamente la providencia dictada por el Fiscal 157 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, que dispuso no precluir la investigación seguida contra los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego.

5.4.10. Lo mismo debe indicarse, respecto de la discrepancia que supuestamente existe, en cuanto a la interpretación efectuada por el funcionario judicial accionado del artículo 34 de la Ley 182 de 1995, pues la discusión que plantea la demandante, que es de naturaleza legal, será de mejor recibo ante el ente acusador, razón por la cual escapa de la competencia del juez de tutela.

5.4.11. Por último, y respecto del cargo por vulneración del principio de igualdad, en virtud del cual la sociedad demandante considera que ha sido discriminada injustificadamente, “pues se le ha negado la aplicación de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso concreto, ya expuestas, sin que exista una justificación razonable o una inaplicación expresa de la norma al caso concreto”²⁶⁷, con lo cual, “se ha dado una arbitraria e injusta discriminación entre iguales, pues no existen situaciones de hecho diferentes que permitan un tratamiento que obedezca a dicha diferencia”²⁶⁸, la Sala considera que no está llamado a prosperar, por cuanto la actora no parte de supuestos fácticos similares, sobre los cuales el juez constitucional pueda efectuar un cotejo en un momento determinado, con el fin de establecer si realmente se encuentra frente a situaciones idénticas, a las que se ha dado un trato diferente, sino que se limita a realizar planteamientos generales y abstractos²⁶⁹, que en nada contribuyen para realizar el estudio de la desigualdad alegada.

“[P]ara realizar el análisis del respeto del derecho a la igualdad en un caso concreto se debe establecer con anterioridad entre quiénes se está dando un trato diferenciador, en qué sentido o en virtud de qué actuación se da esa diferenciación y con base en qué criterios. El juez de tutela debe examinar dichas circunstancias y verificar si existe o no el trato diferente y si el mismo está o no justificado.”

De igual forma, mediante sentencia T-338 de 2003²⁷¹, este órgano colegiado indicó:

“Es preciso demostrar un criterio de comparación, como referente valorativo en relación con el cual se lleva a cabo el juicio de igualdad. Así quien pretende alegar que está siendo objeto de un trato discriminatorio debe enfrentar su situación particular a aquella de otras personas que estando en igualdad de circunstancias fácticas y bajo los mismos parámetros legales está teniendo un trato preferente, con lo cual quedaría demostrada la discriminación.”

Con todo, la Sala considera que existen razones de sobra para concluir que no existe la vulneración alegada por la sociedad comercial demandante, respecto del derecho fundamental a la igualdad.

6. Consideraciones finales y contenido de la decisión.

Como se indicó en las consideraciones de esta sentencia, esta Corporación tiene establecido de manera paladina, que en principio tanto la valoración probatoria, como la interpretación de las normas jurídicas aplicables a un caso concreto, que sean efectuadas por los funcionarios judiciales, tienen una protección constitucional especial, en virtud de los principios de independencia y autonomía judicial, parámetros que obviamente no pueden ser entendidos de manera absoluta, pues cuando el juez de tutela constata que la decisión obedece a transgresiones superlativas y ostensibles, no solamente desde el punto de vista sustantivo, sino también fáctico, dicha actuación se constituye en una vía de hecho que obliga al juez constitucional a infirmarla.

En ese orden de ideas, una armonización concreta de los defectos sustantivos y fácticos, puestos de presente por este órgano colegiado en esta oportunidad, permiten inferir que la decisión a la que debió llegar el funcionario judicial demandado, con ocasión de la solicitud de preclusión presentada por el defensor de los sindicatos, era probablemente diferente, en tanto cuenta con elementos normativos importantes, como los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, y demás disposiciones jurídicas aplicables al caso, así como con un conjunto de pruebas que hacen parte del proceso penal, que daban cuenta del actuar arbitrario y antijurídico de la sociedad Superview S. A., las cuales fueron legal y oportunamente allegadas, circunstancias estas que plantean una violación flagrante de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la Fiscalía General de la Nación, desconoció la función que constitucionalmente tiene atribuida, cual es la de investigar las situaciones fácticas denunciadas, máxime cuando median suficientes motivos que indican la posible existencia de una conducta punible, acudiendo apresuradamente a la figura de la preclusión prevista en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000²⁷², que si bien es cierto es una opción legítima con la que cuenta el ente acusador, inclusive al momento de efectuar la calificación del mérito del sumario²⁷³, debe en principio intentar por todos los medios posibles, tener claridad de que en efecto la trasgresión hacia el ordenamiento penal no existió, con el fin de no fomentar la impunidad.

Lo expuesto en precedencia es suficiente, para concluir que la decisión dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, incurrió en defectos

sustantivos por no aplicar los artículos 384 y 416 del Código de Comercio, y demás disposiciones aplicables al caso, y en varios defectos fácticos por falta de valoración de algunas pruebas oportunamente allegadas al expediente penal, que tienen la capacidad de modificar el sentido de la decisión dictada el 26 de septiembre de 2007, dentro del proceso penal iniciado con ocasión de la denuncia penal formulada por el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, como representante legal de la sociedad Acociviles S.A.

Por lo anterior, la Corte revocará la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 31 de enero de 2008, que a su vez confirmó el fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, el 20 de noviembre de 2007, dentro de la acción de tutela presentada por la sociedad Acociviles S. A., por intermedio de su representante legal, contra la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

En consecuencia, dejará sin efectos la providencia dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de septiembre de 2007, dentro del proceso penal N° 639.449, que dispuso precluir la investigación penal seguida contra los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego, ordenando a la misma autoridad judicial, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, desate nuevamente el recurso de apelación presentado contra la decisión que dispuso no precluir la investigación penal, proferida el 27 de octubre de 2005 por la Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, a partir de las consideraciones expuestas en esta providencia, y sin dejar de lado que cuenta con elementos sustantivos y fácticos suficientes, que tienen el mérito de cambiar el sentido de la decisión dictada, y que por esta vía se está dejando sin eficacia jurídica²⁷⁴.

Por último, ordenará a la Secretaría General que el expediente penal identificado con el N° 639.449, allegado a esta Corporación en calidad de préstamo, sea devuelto a la Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante providencia del 28 de julio de 2008.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 31 de enero de 2008, que a su vez confirmó el fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, el 20 de noviembre de 2007, que negó el amparo constitucional solicitado, y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia de la sociedad Acociviles S. A.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la providencia dictada por la Fiscalía 22 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de septiembre de 2007, dentro del proceso penal N° 639.449, que dispuso precluir la investigación penal seguida contra los señores Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego.

QUINTO.- Por la Secretaría General, DEVUÉLVASE a la Fiscalía 157 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, el expediente penal identificado con el N° 639.449, remitido a esta Corporación en calidad de préstamo.

SEXTO.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

2 Folio 3 ibídem.

3 Ibídem.

4 Folio 5 ibíd.

5 El citado reglamento en relación con la suscripción de acciones, dispuso: "Su pago deberá ser en dinero, el valor de las acciones a ofrecer será el nominal; la suscripción estará limitada por el derecho de preferencia a favor de los accionistas; su pago deberá efectuarse en un plazo de treinta (30) días, siendo preciso desembolsar, con la suscripción, el sesenta por ciento 60% del valor de cada acción suscrita; la oferta constará de una sola vuelta" (Folio 5 del cuaderno de primera instancia).

6 Folio 6 ibíd.

7 Ibídem.

8 Folio 6 ibíd.

9 Ibíd.

10 Folio 7 ibíd.

11 Ibíd.

12 Ibíd.

13 Ibíd.

14 Folio 8 ibíd.

15 Ibíd.

16 Ibíd.

17 Folio 9 ibíd.

18 Ibíd.

19 Ibíd.

20 Ibíd. Al respecto, indicó la sociedad demandante, que “fueron las indagatorias las que primaron sobre las pruebas documentales, arrimadas por los mismos inculcados pese a existir contradicción y prueba contraria.”

21 Folio 10 ibíd.

23 Folio 11 ibíd.

24 Ibíd.

25 Folio 16 ibíd.

26 La disposición en cita, dispone: “DEFINICIÓN DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.”

27 Señala esta norma: “NEGATIVA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA A LA INSCRIPCIÓN DE ACCIONES EN EL LIBRO DE REGISTRO. La sociedad no podrá negarse a hacer las inscripciones en el libro de registro de acciones, que se prevén en esta Sección sino por orden de autoridad competente, o cuando se trate de acciones para cuya negociación se

requiera determinados requisitos o formalidades que no se hayan cumplido.”

28 Folio 17 del cuaderno de primera instancia.

29 Folio 18 ibídem.

30 La norma en cita, que se encuentra incluida en el reglamento de la contabilidad, y los principios o normas de contabilidad aceptados en Colombia, dispone: “Corrección de errores. Los simples errores de transcripción se deben salvar mediante una anotación al pie de la página respectiva o por cualquier otro mecanismo de reconocido valor técnico que permita evidenciar su corrección. // La anulación de folios se debe efectuar señalando sobre los mismos la fecha y la causa de la anulación, suscrita por el responsable de la anotación con indicación de su nombre completo.”

31 Folio 18 del cuaderno de primera instancia.

32 Folio 19 ibídem.

33 Ibídem.

34 Dispone la norma en mención: “contratación del mandatario. El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante.”

35 Sentencia del 11 de octubre de 1991, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

36 Folio 19 del cuaderno de primera instancia.

37 Folio 20 ibídem.

38 Ibídem.

39 Ibíd.

40 Ibídem. De igual forma, indica el actor que en comunicación allegada al proceso surtido ante el Tribunal Superior de Bogotá, el señor Baena reconoció la calidad en la que actuó Manuel Arturo Rincón Guevara.

41 Folio 21 ibíd.

42 Folio 22 ibíd.

43 Ibídem.

44 Folio 25 ibíd.

45 Folio 26 ibíd.

46 Folio 28 ibíd.

47 Ibídem.

48 Folio 29 ibíd.

49 Folio 30 ibíd.

50 Ibídem.

51 Ibíd.

52 Folio 31 ibíd.

53 Folio 32 ibíd.

54 Folio 32 ibíd.

55 Ibídem.

56 Ibíd.

57 Folio 33 ibíd.

58 Ibíd.

59 Ibíd.

60 Señala la citada previsión jurídica: "Se autoriza la inversión extranjera en

sociedades concesionarias de espacios o programas de televisión, o canales zonales. Sin embargo, ésta estará limitada a un 15% del total del capital social de la sociedad concesionaria y a que el país de origen del inversionista ofrezca la misma posibilidad de inversión a las empresas colombianas en condiciones de reciprocidad. Dicha inversión deberá provenir de empresas o sociedades dedicadas a la industria de la televisión en el país de origen de la inversión. Esta inversión llevará implícita una transferencia de tecnología que contribuya al desarrollo de la industria nacional de televisión a juicio de la Comisión Nacional de Televisión. // Parágrafo. La inversión extranjera no podrá hacerse a través de sociedades con acciones nominativas. Para su aprobación el inversionista deberá presentar a la Comisión Nacional de Televisión la autorización de funcionamiento que para el efecto se requiera en el momento de la inversión, así como una relación de los socios debidamente certificada por la Cámara de Comercio o de quien haga sus veces en el país de origen, legalizada de conformidad con las normas vigentes. No se aceptará la inversión de una sociedad cuyos socios sean sociedades con acciones al portador”.

61 Folio 35 del cuaderno de primera instancia.

62 Ibídem.

63 Folio 36 ibíd.

64 Ibídem.

65 Ibíd.

66 Ibíd.

67 Folio 37 ibíd.

68 Folio 38 ibíd.

69 Folio 39 ibíd.

70 Ibídem.

71 Folio 40 ibíd.

72 Ibíd.

73 Folios 382 a 384 ibíd.

74 Folios 383 ibíd.

76 Folio 384 ibíd.

77 Ibíd.

78 Folio 421 ibíd.

79 Folio 420 Ibíd.

80 Ibíd.

81 Folio 421 ibíd.

82 En este punto, el apoderado de la sociedad accionada, se apoya en los mismos argumentos expuestos en la solicitud de tutela.

83 Folio 9 del cuaderno de segunda instancia.

84 Folio 11 ibídem.

85 La comunicación hace referencia al 15 de enero de 2000, pero debe entenderse que corresponde al año 2001, pues el reglamento de emisión y colocación de acciones fue aprobado mediante acta N° JD-029, el 12 de enero de 2001.

86 Folio 4 del cuaderno de revisión.

87 Ibídem.

88 Folio 10 ibíd.

89 Ibídem.

90 Folio 132 ibíd.

91 Folios 142 a 147 ibíd.

92 Folio 154 ibíd.

93 Folio 161 ibíd.

94 Ibídem.

95 Ibíd.

96 Folio 164 ibíd.

97 Folio 165 ibíd.

98 Folio 167 ibíd.

99 Folio 168 ibíd.

100 Folio 169 ibíd.

101 Folio 170 ibíd.

102 Ibídem.

103 Folio 172 ibíd.

104 Ibídem.

105 Folios 183 a 185 ibíd.

106 Folio 182 ibíd.

107 Folio 223 ibíd.

108 Folio 263 ibíd.

109 Ibíd.

110 Oficio OPTB-343 de 2008.

111 Folio 225 ibíd.

112 Ibídem.

113 Folio 234 ibíd.

114 Ibíd.

115 Folio 235 ibíd.

117 Ibíd.

118 Folio 236 ibíd.

119 Folio 243 ibíd.

120 Folio 244 ibíd.

121 Folio 245 ibíd.

122 Ibíd.

123 Ibíd.

124 Ibíd.

125 Ibíd.

126 Folio 246 ibíd.

127 Ibíd.

128 Ibíd.

129 Folio 247 ibíd.

130 Ibídem.

131 Ibíd.

132 Folio 248 ibíd.

133 Ibíd.

134 Folio 249 ibíd.

135 Folio 250 ibíd.

136 Folio 255 ibíd.

137 Así lo determinó el Fiscal 157 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá (folio 16 del cuaderno original de la investigación penal).

138 Según lo indicado por la sociedad accionante, el funcionario judicial demandado, omitió valorar (i) el acta N° JD-029 del 12 de enero de 2001; (ii) el dictamen pericial contable rendido ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el cual fue allegado al proceso penal como prueba trasladada; (iii) interrogatorio de parte efectuado al señor Luis Alfredo Baena Riviere, aportado igualmente como prueba trasladada; (iv) declaración juramentada rendida por Eduardo García Moreno; (v) dictamen efectuado por el C.T.I.; (vi) testimonio del doctor Saúl Sotomonte Sotomonte; (vii) indagatorias de Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere y Martha Liliana Guevara Gallego; (viii) actas de asambleas y de la Junta Directiva de Superview S. A.; (ix) revocatoria de los mandatos; (x) resolución N° 786 de 2001, dictada por la Comisión Nacional de Televisión; (xi) recibos y asientos contables; (xii) poderes aportados por los sindicatos en las indagatorias y (xiii) documentos, como fax y mails.

139 Folio 33 del cuaderno de primera instancia.

140 Folio 30 ibídem.

141 Ibídem.

142 Folio 420 ibíd.

143 Folio 9 del cuaderno de segunda instancia.

144 Ibídem.

145 C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

146 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Como lo indicó recientemente la Corte en sentencia T-018 de 2008, “[e]sta decisión se fundamentó en la necesidad de establecer un equilibrio adecuado entre el respeto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, y la prevalencia de los derechos fundamentales, pilares del Estado Constitucional y Social de Derecho.”

147 T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

148 La sentencia T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo: “Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.”

149 Al respecto, pueden consultarse las sentencias SU-014 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano y T-1180 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte en estas oportunidades, encontró que las decisiones adoptadas eran judicialmente razonables, pero que por problemas estructurales en el aparato judicial, se vulneró el debido proceso de los peticionarios, razón por la cual encontró que estaba frente a vías de hecho.

150 La sistematización de estos parámetros, se realizó inicialmente en sede de control concreto, específicamente mediante las sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-771 de 2003 y T-949 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Al respecto, la sentencia T-774 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló: “[L]a Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado

los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no “(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.”

151 En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), bajo la consideración de que “una norma legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal no procede recurso ni acción, salvo la de revisión; vulnera el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4º y la acción de tutela consagrada en el artículo 86.”

152 “El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes” (C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

153 “De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última” (C-590 de 2005).

154 “[E]s decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos” (C-590 de 2005).

155 “[S]i la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590 de 2005).

156 “Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos” (C-590 de 2005).

157 Son múltiples las decisiones dictadas por la Corte referentes a la vía de hecho por defecto fáctico. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-231 de 1994, T-567 de 1998 y T-260 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-488 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, T-814 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell, SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-408 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-550 y T-901 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-054 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-359 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-382 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-509 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-554 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-589 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-923 de 2004, T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1285 de 2005, T-171 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-458 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-828 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-916 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

158 La norma en mención señala: “APRECIACION DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”

159 La disposición en cita indica: “Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. // En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.”

160 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

161 SU-1300 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

162 T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

163 T-538 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad, la Corte concedió la tutela de los derechos fundamentales al peticionario, por la indebida apreciación que hizo el juez de la conducta asumida por una de las partes, pues se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

164 SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

166 T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. El Tribunal Constitucional sostuvo en esa oportunidad: “Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.

167 T-239 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. En esa oportunidad la Corte señaló que “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria.”

168 T-576 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

169 T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

170 T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

171 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

172 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

173 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

174 Esta Corporación, sostuvo en la misma providencia: “Debe entonces concluirse que el Fiscal accionado produjo una providencia que constituye vía de hecho, en cuanto para precluir la investigación que se adelantaba contra la señora

Ochoa Marshall, dedujo de conductas ejecutadas por la Sindicada y que la ley penal tipifica como delictivas, actuaciones altruistas que no están acreditadas en el expediente y que, comparadas con los hechos que efectivamente ocurrieron y con la situación de despojo patrimonial y desamparo afectivo que afronta el actor, contrarían las reglas de la lógica y los principios de la sana crítica.”

175 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

176 M. P. Jaime Araújo Rentería.

177 T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

178 Mediante sentencia T-889 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte concluyó que en un proceso ordinario laboral se había configurado una vía de hecho por defecto fáctico, por cuanto el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, ignoró las pruebas allegadas al expediente que daban cuenta de que las accionantes, quienes se desempeñaban como aseadoras de la Universidad del Magdalena “habían gozado de una situación salarial y prestacional desigual en comparación de otras personas que desempeñaban las mismas labores y estaban vinculadas como trabajadoras oficiales.” Otras decisiones en las que esta Corporación ha considerado la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico son: T-1082 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-458 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-162 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-1065 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-908 y T-808 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-171 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-778 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-996 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

179 T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

180 Un caso en el que esta Corporación consideró que existió vía de hecho por defecto fáctico, por haberse omitido la valoración de algunas pruebas, lo constituye la sentencia T-039 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre este mismo tópico, la sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, igualmente es ilustrativa.

181 Ibídem.

182 T-235 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

183 En relación con el defecto sustantivo, existe una abundante producción jurisprudencial. Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-243 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-018 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-014 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-409 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-387 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1026 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-797 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-548 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-515 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-450 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-302 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-1226 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-1211 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

184 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

185 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

186 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

187 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

188 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

189 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

190 Folio 413 del cuaderno de primera instancia.

191 A folio 3 del cuaderno de primera instancia, aparece como fecha de presentación de la acción tutelar, el 2 de noviembre de 2007.

192 Mediante escrito del 27 de junio de 2003, el señor Manuel Arturo Rincón Guevara, presentó demanda de parte civil, en contra de Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Luis Alfredo Baena Riviere, Martha Liliana Guevara Gallego y Gloria Rodríguez.

193 Folios 63 a 82 del cuaderno original N° 3 de la investigación penal.

194 La prueba técnica fue allegada al proceso penal el 7 de junio de 2006.

195 Folios 49 reverso y 50 anverso del cuaderno original N° 4 del proceso penal.

196 Folio 33 ibídem.

197 Folio 31 del cuaderno original del proceso penal.

198 Folio 5 ibídem.

199 Ibíd.

200 Ibíd.

201 Folio 8 ibíd.

203 Ibídem.

204 Al respecto en la segunda diligencia de ampliación de la denuncia, el señor Rincón Guevara, indicó: “El señor representante de SUPERVIEW no ha querido por ningún motivo entregarme los títulos de acciones definitivos que le corresponde a ACOCIVILES S. A. éste habiendo cumplido con todos los requisitos pagos y con la autorización de la Comisión Nacional de Televisión de esta manera y todos estos movimientos que ha hecho el representante legal me han retirado de la junta directiva, no me han entregado mis títulos y hasta el momento no se nada de la empresa y no conozco como está orientada ni que están haciendo con lo mío.” (Folio 71 ibíd.).

205 Folio 70 ibíd.

206 Folios 103 a 105 ibíd.

207 Ibíd.

208 Folio 104 ibíd.

209 Folio 17 ibíd.

210 Folio 14 del cuaderno original N° 3 del proceso penal. En la misma providencia, concluyó la Fiscalía General de la Nación: “En las anteriores condiciones, considera el despacho que no existe certeza sobre la inexistencia del delito que menciona el señor

defensor en su escrito (según entendemos) como causal para decretar la preclusión de la investigación a favor de su defendido, en los términos que lo exige el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal y por ello la petición deberá denegarse.”

211 El mismo funcionario judicial indicó en el proveído que resolvió el recurso de reposición (folio 177 *ibídem*): “En las anteriores condiciones, concluye el despacho que tal como se mencionó en la providencia recurrida, en este momento procesal existen dudas en torno al actuar del procesado no sólo por sus afirmaciones en la indagatoria y los escritos remitidos al denunciante y diferentes autoridades, que impiden acceder a dar aplicación al contenido del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, que exige certeza en la demostración de la causal invocada para que prospere la solicitud de preclusión, archivo y coesencial compulsación de copias para quien ha denunciado los hechos que son materia de investigación.”

212 Folio 18 del cuaderno de primera instancia.

213 Folios 410 y 411 *ibíd.*

214 Folio 32 reverso, del cuaderno original provisional N° 4 del proceso penal.

215 Folio 31 del cuaderno original N° 1 del proceso penal.

216 Folio 32 *ibídem*.

217 Folio 107 *ibíd.*

218 Narváez García, José Ignacio. Tipos de sociedad comercial, Edit. Legis, primera edición, 1999, pág. 363.

219 El punto de partida de este asunto reside en la previsión normativa consagrada en el artículo 379 del Código de Comercio, donde se enumeran los principales derechos individuales del accionista en una sociedad anónima. La disposición precitada incorpora, en efecto, las prerrogativas fundamentales que se desprenden de la calidad de accionista. Otras normas dispersas del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995, contemplan varias facultades derivadas de las acciones, de cuya aplicación dependen múltiples protecciones y garantías conferidas a quienes las detentan. Reyes Villamizar

Francisco. Derecho societario, Edit. Temis, 2006, Pág. 391.

220 Ibídem.

221 El artículo 648 del Código de Comercio, dispone: “El título-valor será nominativo cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Solo será reconocido como tenedor legítimo quien figure, a la vez, en el texto del documento y en el registro de éste. // La transferencia de un título nominativo por endoso dará derecho al adquirente para obtener la inscripción de que trata este artículo.”

222 Folio 24 ibíd.

223 Folio 405 ibíd.

224 A-031 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Este criterio jurisprudencial, ha sido reiterado entre otros, en los Autos 013 de 2004 y 164 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño y 204 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

225 Folio 396 del cuaderno de primera instancia.

226 Folios 396 y 397 ibíd.

227 Folio 397 ibíd.

228 Según el acta N° 31, Manuel Arturo Rincón Guevara como representante legal de la Sociedad Acociviles S. A., era titular de 45.000 acciones que correspondían al 25% del capital social de Superview S. A. (folio 161 del cuaderno de tutela de primera instancia).

229 Folio 244 del cuaderno de revisión.

231 La disposición en cita establece: “Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código. // Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial.”

232 Este parámetro que es de vieja data, fue reiterado por esta Corporación en la sentencia C-576 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería, al indicar: “Conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, las normas especiales prevalecen sobre las normas generales. Así lo contempla en forma general el ordenamiento legal colombiano, al preceptuar en el Art. 5º de la Ley 57 de 1887 que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, ‘la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general’”.

233 Sobre los criterios de apreciación del dictamen pericial, el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), establece: “Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la idoneidad del perito, la fundamentación técnico-científica que sustente el dictamen, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.”

234 Folio 91 del cuaderno original N° 5 del proceso penal.

235 En el Auto de apertura de instrucción, la citada autoridad judicial dispuso la práctica del dictamen pericial (folios 103 a 105 del cuaderno original N° 1 del proceso penal), y posteriormente fue reiterada la solicitud, en providencia del 27 de octubre de 2005 (folios 16 y 17 del cuaderno original N° 3 del proceso penal).

236 Mediante esta acta, la Junta Directiva de Superview S. A., aprobó el reglamento de emisión y colocación de acciones.

237 Folio 243 del cuaderno de revisión.

238 Folio 399 del cuaderno de primera instancia.

239 Ibídem.

240 Folios 399 y 400 ibíd.

241 Folio 400 ibíd.

242 Ibídem.

- 243 Folio 401 ibíd.
- 244 Ibídem.
- 245 Folios 132 y 133 del anexo N° 8 del proceso penal.
- 246 Folio 406 del cuaderno de primera instancia.
- 247 Ibídem.
- 248 Folio 407 ibíd.
- 249 Folio 411 ibíd.
- 250 Folio 134 del cuaderno anexo N° 8 del proceso penal.
- 251 Folio 16 del cuaderno original provisional N° 4 del proceso penal.
- 252 Folio 17 ibíd.
- 253 Folio 246 del cuaderno de revisión.
- 254 Ibídem.
- 255 Folio 30 del cuaderno de primera instancia.
- 256 Folio 104 del cuaderno original del proceso penal.
- 257 Folio 16 del cuaderno original N° 3 del proceso penal.
- 258 Folio 27 ibídem.
- 259 T-025 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- 260 Folio 110 del cuaderno original provisional N° 4 del proceso penal.
- 261 Folio 30 del cuaderno de primera instancia.
- 262 Mediante providencia del 28 de agosto de 2003, el Fiscal de primera instancia

dispuso: "(...) 7.- Escúchese en declaración a Saúl Sotomonte Sotomonte. Calle 72 No. 10-07 Ofc. 906." Posteriormente, en Auto del 27 de octubre de 2005, el mismo funcionario judicial ordenó: "e) Enviar comunicación telegráfica al abogado SAUL SOTOMONTE, prueba que fue ordenada en resolución de apertura y reiterada en última decisión, antes del vencimiento del término de instrucción, pero con la indicación -en la comunicación- que es la última citación pues ya había sido citado para que compareciera el 6 de noviembre de 2003 y no acudió sin que haya constancia de devolución de telegrama o imposibilidad de recaudar su testimonio." De igual forma, en providencia del 29 de septiembre de 2006, la Fiscalía citó a declarar al señor Sotomonte Sotomonte, indicando que "[d]icha diligencia no se ha podido realizar por diversas causas. La última ocasión, presentó excusas." Finalmente, el 24 de octubre de 2006, el Fiscal 157 ordenó "la conducción del Dr. Saúl Sotomonte, por no haber concurrido a declarar el día de ayer calle 72 No. 10 07 of. 702. OFICIESE a la estación de policía de Chapinero. No hay ni excusa no se conoce pronunciamiento sobre su falta." Respecto de ésta última citación, el señor Sotomonte Sotomonte, mediante escrito del 15 de noviembre de 2006, indicó: "En relación con el asunto de la referencia me permito de manera muy comedida manifestarles lo siguiente: // 1. El día viernes 10 de Noviembre del presente año, recibí la citación cuya fotocopia acompaño, de la cual se destaca que fue puesta al correo con fecha 27 de Octubre de 2006, no obstante que la diligencia era para el 23 del mismo mes y año. // 2. Aparece sellado 8 de noviembre sin indicación adicional alguna. // 3. En la correspondiente planilla de recibido pueden corroborar que ello sucedió el 10 de los corrientes. // 4. Nunca antes había recibido citación alguna." (folio 206 del cuaderno original N° 5 del proceso penal).

263 Folio 28 del cuaderno de primera instancia.

264 Indicó al respecto: "Se asevera por la sociedad comercial accionante, que no se tuvieron en cuenta las declaraciones rendidas por Carlos Humberto Isaza Rodríguez, Martha Liliana Guevara Gallego y Luis Alfredo Baena Riviere en las respectivas diligencias de indagatoria. Ello no obstante, al formular la acción de tutela se incurre en abierta contradicción en el mismo memorial introductoria, como quiera que con anterioridad a la formulación de esa acusación se dijo que las indagatorias sí habían sido tenidas en cuenta, tan solo que, a juicio de la sociedad accionante se les dio a ellas 'mayor valor

probatorio' que a otras pruebas, y sin tener en cuenta que las declaraciones de los sindicados en un proceso penal se encuentran amparadas por el derecho a no autoincriminarse, por lo que, según su afirmación 'no pueden gozar de una presunción de veracidad.' // La flagrante contradicción que se acaba de advertir, descarta por entero el yerro fáctico que, sin fundamento se le endilga a la providencia cuestionada." (Folio 244 del cuaderno de revisión).

266 Folio 22 ibídem.

267 Folio 38 del cuaderno de primera instancia.

268 Ibídem.

269 Al respecto, el escrito tutelar indica: "Lo que vemos, entonces, es que la distinción entre pares, es decir, entre mi poderdante y todas las demás personas a las que se le pueden aplicar las normas aludidas, que realizan los mentados funcionarios judiciales acusados no tiene ninguna justificación razonable y, por el contrario, se trata de una grosera y evidente discriminación, que no es constitucionalmente admitida."

270 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

271 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

272 La disposición en cita señala: "En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, El Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria."

273 Al respecto el artículo 395 de la Ley 600 de 2000, indica: "El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción."

274 El deber con el que cuentan las autoridades judiciales en el ámbito penal, de conformidad con lo establecido en el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, respecto de las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso, radica en que las

mismas deberán ser apreciadas en conjunto, a partir de las reglas de la sana crítica, y debiendo exponer adicionalmente, el mérito que le asigna a cada una de ellas. Al respecto, el profesor Jairo Parra Quijano, señala: “Cuando se regla que el juez (el funcionario) expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no cabe duda que se consagra el método analítico, es decir, el estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. Este método de estudio explicado en la providencia, muestra al justiciable y a la sociedad la manera ponderada y cuidadosa cómo el funcionario estudia las pruebas. Permite igualmente a las partes observar qué medio de prueba fue mal evaluado, para poder utilizar los recursos. Una vez que se hace el estudio anterior se procede a evaluar las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca.”

Manual de derecho probatorio, librería ediciones el profesional, decimoquinta edición, 2006.