



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona  
Sala Única

-ÁREA PENAL-

Decisión	Sentencia segunda instancia
Radicado	54 518 31 04 001 2018 00246-01
Radicado Fiscalía	156598
Acusado	OLGER ENRIQUE RIVERA RINCÓN
Delito	HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA Y LA CUANTÍA

**MAGISTRADO PONENTE: NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

Aprobado Acta Virtual N°. 067

Pamplona, 15 de noviembre de 2023

**ASUNTO**

De conformidad con los artículos 76 y 191 de la ley 600 de 2000, resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Acusado en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Pamplona, Norte de Santander, que condenó en calidad de AUTOR a OLGER ENRIQUE RIVERA RINCÓN por el punible acusado de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA Y LA CUANTÍA, establecido en los artículos 239, 241 y 267 del Código Penal.

**ANTECEDENTES FÁCTICOS**

Según denuncia radicada el 17 de abril de 2008 por ANA MERCEDES RINCÓN CANO, se tiene que su *“sobrino nieto”* OLGER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, *“aprovechándose de mi cariño, confianza, avanzada edad y mi escaso entendimiento financiero”*, el 24 de marzo de 2006 cobró indebidamente el cheque No 9766797 por valor de \$30.000.000,00 (TREINTA MILLONES DE PESOS) y el 27 de agosto de 2007 el cheque No 0867595 por valor de \$50.000.000,00 (CINCUENTA MILLONES DE PESOS), expedidos por HELM SECURITIES S.A., quien fungía como corredora de bolsa de Aquélla.

## ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de noviembre de 2011 la Fiscalía Primera Local de Pamplona profirió resolución de acusación en contra de OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, la cual tuvo como “*CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL*” la consignada en el artículo 249 C.P., “*ABUSO DE CONFIANZA*”, agravada por el factor establecido en el artículo 267, numeral 1, por ser la apropiación superior a 100 SMLMV<sup>1</sup>.

Tal decisión fue apelada por el Procesado a través de su apoderado<sup>2</sup>, en virtud de la cual el 26 de febrero de 2015 la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir inclusive de la Resolución de Acusación de fecha 18 de octubre de 2011<sup>3</sup>. Lo anterior, debido a que “*examinada la prueba documental y testimonial incorporada a la actuación, se advierte claramente que la conducta atribuida al sindicado RIVERA RINCÓN no encaja en el punible de abuso de confianza, sino en el tipo penal de hurto agravado por la confianza, previsto y sancionado en los artículos 239 y 241.2 de la Ley 599/2.000, y, además, agravado conforme al numeral 1º del artículo 267 del mismo ordenamiento, al estar objetivamente acreditado que el valor de lo apropiado supera los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época*”<sup>4</sup>.

Tal decisión del ente acusador se fundamentó en que “*HOLGER (sic) ENRIQUE RIVERA RINCÓN no recibió los 80 millones de pesos, girados a su nombre por HELM SECURITIES S.A. de la cuenta de su tía ANA MERCEDES RINCÓN, a un título no traslativo de dominio, sino, en virtud a una simple autorización extendida por la mencionada señora y atendiendo a la confianza derivada del nexo de consanguinidad que existe entre la denunciante y el denunciado*”.

En razón al decreto de la nulidad, la Fiscalía Tercera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pamplona, quien asumió la investigación ante la variación de la calificación jurídica, mediante Resolución 016 del 26 de marzo de 2018 acusó a OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN por la conducta punible de “*Hurto, Art. 241. 2 con circunstancias de Agravación Punitiva y además Agravado conforme al numeral 1 ° del Artículo 267 de la Ley 599 de 2000, al estar*

<sup>1</sup> Archivo 77, cuaderno 1. Primera Instancia. Las referencias aluden a este cuaderno e instancia, a menos que se indique lo contrario.

<sup>2</sup> Archivo 82, *ibid*.

<sup>3</sup> Archivo 94, *ibid*.

<sup>4</sup> Archivo 094, *ibid*.

*objetivamente acreditado que el valor de lo apropiado supera los cien (100) salarios mínimos legales vigentes en la época”<sup>5</sup>.*

La anterior Resolución fue apelada por el procesado a través de su defensor<sup>6</sup> y confirmada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta mediante proveído de fecha 23 de noviembre de 2018.

Los títulos valores arriba mencionados, que sumados arrojan la suma de 80 millones de pesos y constituyen el objeto de la ilícita apropiación por parte del procesado HOLGER (*sic*) ENRIQUE RIVERA RINCÓN, los obtuvo aprovechando la confianza depositada en él por su tía ANA MERCEDES, propietaria de las acciones y en últimas del capital allí representado, a quien le hizo creer tenía la idoneidad para aconsejar en el tema de inversiones en títulos y papeles negociables, cuando la verdadera intención era apoderarse de sus recursos, quien además de ser una persona mayor, no tenía el conocimiento, ni la experiencia en asuntos financieros, lo que percibió el procesado como un terreno abonado para desplegar su actividad criminal haciéndole creer que adelantaba una gestión desinteresada en beneficio de sus finanzas.

No existe ninguna duda sobre la tipificación de la conducta desarrollada por HOLGER (*sic*) ENRIQUE RIVERA en el tipo penal de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, pues, se insiste, es una realidad que se infiere de la denuncia y la declaración de la víctima que el procesado se aprovechó de la relación de parentesco con la víctima y del hecho de que convivía con ella, y de las bondades de la tía para con el sobrino, lo que facilitó ofrecerse para "*colaborar/e en la negociación*" de las 6.653 acciones de Bavaria S.A. de que era propietaria, con la promesa de reinvertir el capital obtenido en otra clase de acciones; además, tomó ventaja de la edad de la víctima y su escaso conocimiento en asuntos financieros y bursátiles y lo primero que hizo, pocos días después de enajenadas las acciones de BAVARIA S.A, fue apoderarse de 30 millones de pesos el 24 de marzo de 2006, bajo la excusa de que esa suma correspondía a su comisión, o sus honorarios del 10% pactados, cuando realmente él no desarrolló ninguna actividad, trabajo o gestión que merecieran el pago de tal elevada suma, explicación que además fue rechazada de plano por la víctima quien fue enfática en negar cualquier tipo de contrato entre ella y su sobrino. Y luego, el 27 de agosto de 2007 se apropió de 50 millones de pesos más, con la excusa de que 30 de esos millones eran sus honorarios del año 2007 y los 20 millones de pesos restantes eran para una inversión que luego le regresó a su tía, afirmación esta última que se demostró documentalmente nunca fue una realidad.

Conforme a la denuncia y testimonio de la víctima, esta nunca prestó su consentimiento para regalar o donar el dinero mencionado a su sobrino, ni prestó su consentimiento para que éste se apoderara en beneficio propio de una parte tan importante del capital que ahorró

<sup>5</sup> Archivo 130, Cuaderno 2.

<sup>6</sup> Archivo 136 formato pdf "*136RecursoApelacion*", inserto en la carpeta "*C02 ORIGINAL 1*" expediente electrónico primera instancia.

con mucho esfuerzo durante toda su vida, menos aún ha reconocido ella que pactó o acordó con él honorarios, por una supuesta asesoría que éste habría de brindarle por esa cifra o por cualquier otra suma; es que no existe en la investigación prueba de actividad intelectual o financiera desplegada por el procesado en beneficio económico de la víctima ANA MERCEDES. En la indagatoria el procesado trató, sin ningún éxito, de hacer creer que se dedicó mañana, tarde y noche a realizar complicadísimos seguimientos, estudios y análisis del comportamiento de las acciones en el mercado bursátil en Colombia, para poder brindar a su tía la mejor asesoría en la inversión del dinero; sin embargo, esa no es más que una absurda y desquiciada historia inventada por el indagado para tratar de justificar el ilícito apoderamiento del dinero de su familiar, pues, lo cierto es que precisamente para esos menesteres es que ella suscribió el contrato de Administración de Valores con HELM SECURITIES S.A. Comisionista de Bolsa.

Luego entonces, el hecho incontrastable de que del patrimonio de ANA MERCEDES RINCÓN CANO, representado en marzo 3 de 2006 en un poco más de 287 millones de pesos, obtenidos de la venta de las acciones de Bavaria, su sobrino HOLGER (*sic*) ENRIQUE RIVERA se haya apropiado de 80 millones de pesos, es decir, aproximadamente del 28%, sin ninguna explicación cierta, razonable y lícita, no se puede inferir nada distinto a que con ese apoderamiento del dinero ajeno RIVERA RINCÓN incurrió en el delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, tal como lo expuso la Fiscal Seccional De Pamplona, en la resolución de acusación del 26 de marzo de 2018 objeto del recurso que se examina.

En firme la Resolución de Acusación, el proceso fue asignado al Juzgado Penal del Circuito de Pamplona para su juzgamiento, quien dio traslado del artículo 400 de la ley 600 de 2000<sup>7</sup> y evacuó audiencia preparatoria<sup>8</sup> donde se decretaron las pruebas a practicar, las cuales se allegaron e incorporaron en debida forma, para proseguirse con la audiencia pública<sup>9</sup>. Finalmente, el 24 de enero de 2022 se dictó sentencia condenatoria al Acusado<sup>10</sup>.

### **SENTENCIA APELADA<sup>11</sup>**

Mediante decisión adoptada el 24 de enero de 2022 el Juzgado Penal del Circuito de Pamplona condenó a OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN como autor responsable del punible de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA Y LA CUANTÍA a, entre otras, la pena principal de 72 MESES DE PRISIÓN y le negó la

---

<sup>7</sup> Archivo 005, cuaderno 3.

<sup>8</sup> Archivo 021, *ibid*.

<sup>9</sup> Archivo 038, *ibid*.

<sup>10</sup> Archivo 039, *ibid*.

<sup>11</sup> Archivo 039, *ibid*.

concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, mas le otorgó el beneficio de PRISIÓN DOMICILIARIA *“como sustitutiva de la intramuros”*.

Los siguientes fueron los argumentos relevantes para la condena.

1.- *“OLGER ENRIQUE, aprovechando la confianza que su tía le tenía, hizo que ésta bajo engaños, accediera a firmar unos documentos que éste le había redactado, haciéndole creer que se trataba de unos permisos para que HELM SECURITIES realizara unas transacciones bursátiles a favor de la Empresa Nacional de Chocolates, cuando en realidad se trataba de unos permisos para que se giraron a favor de RIVERA RINCÓN dos cheques, uno, expedido el 24 de marzo de 2006 por un valor de treinta millones de pesos, mientras que el otro, el cual se expidió el 27 de agosto de 2007, ascendía a cincuenta millones de pesos. En conclusión, el acusado se apropió fraudulentamente de OCHENTA MILLONES DE PESOS, los cuales, habían salido del haber patrimonial de su tía; habiendo devuelto de manera subsecuente, tras haber sido descubierto, el monto de diecinueve millones novecientos cincuenta mil pesos”*.

2.- Estableció la preexistencia del dinero hurtado y la propiedad del mismo, el cual procedía de que *“la señora Ana Mercedes Rincón Cano le fue adjudicada la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS, producto de la venta de unas acciones que había tenido en la empresa BAVARIA S.A.; dinero que, en virtud del contrato de “corretaje” antes aludido, era administrado por la empresa de razón social Helm Securities, en calidad de comisionista de bolsa. De la misma manera. se encuentra plenamente acreditado que dicha comisionista giró dos cheques a favor de OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, por un valor de OCHENTA MILLONES DE PESOS, los cuales, fueron deducidos del haber patrimonial de la señora Rincón Cano, en virtud de las autorizaciones que esta había firmado y que habían sido presentadas previamente por el procesado”*.

3.- Determinó la relación de confianza entre las partes, deduciendo que ANA MERCEDES *“tenía un vínculo consanguíneo con el procesado, pues era, ni más ni menos, que la tía abuela del señor OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN; precisamente, debido a ese parentesco, el de ser nieto de una de sus hermanas, fue lo que motivó a la señora Ana Mercedes a recibirlo en su propia casa y brindarle protección, quien provenía de la ciudad de Ibagué y no contaba, para esa época, con recursos para culminar sus estudios universitarios de derecho, los cuales en ese momento, estaba*

*cursando en la Universidad Cooperativa de Colombia -UCC- y había dejado inconclusos”.*

Asimismo, estableció el *A quo* que el trato de hijo duró aproximadamente cinco años, durante los cuales RIVERA RINCÓN “*se ganó, durante ese interregno, el cariño y devoción de su benefactora, la cual, incluso, llegó a prestarte la suma de cinco (5) millones de pesos para que pudiera montar una frutería, la cual ubicó en un punto estratégico de la calle Real de esta ciudad; asimismo, para que alquilara y amoblara un apartamento, en el cual pudiera instalarse y convivir tranquilamente con su entonces compañera permanente y una hija”.*

En virtud de lo anterior, señaló el *A quo* que “*se puede concluir entonces que la señora Ana Mercedes Rincón Cano le tenía bastante confianza al procesado; se itera, nunca pensó que la fuera a perjudicar, pensando que OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN la quería desinteresadamente, que estaba agradecido con ella por todo lo que había hecho por él durante los años en los que pasó por afujías (sic), en los que no tenía recursos para culminar su carrera universitaria, mucho menos para mantener a su mujer e hija. La confianza que le tenía Ana Mercedes era de tal grado que le permitía, incluso, ser su "vocero" ante la empresa Helm Securities, encargándose de comunicarle a esta última los designios de Rincón Cano, respecto el manejo de dicha masa patrimonial”.*

4.- El aprovechamiento ilícito de la confianza lo cifró el *A quo* en que la denunciante ANA MERCEDES aseveró que “*OLGHER ENRIQUE, aprovechándose de la confianza, el cariño que esta le tenía y de sus escasas luces, le había informado, ya para marzo de 2006, que para poder adelantar una inversión en la bolsa de valores a favor de la empresa Nacional de Chocolates era necesario suscribir y autenticar unos documentos que él había redactado previamente, por lo que ella, confiando ciegamente en su sobrino dilecto, los firmó y autenticó sin leerlos, creyendo siempre en la palabra de su pariente, como quiera que, nunca pasó por su mente que RIVERA RINCÓN la fuese a perjudicar”.*

Documentos que no resultaron ser tales, sino “*unas autorizaciones para que Helm Securities girara y desembolsara, a favor de RIVERA RINCÓN dos cheques, uno, que se giró el 24 de marzo de 2006, por un valor de TREINTA MILLONES DE PESOS, y el otro, que se giró el 27 de agosto de 2007, por CINCUENTA MILLONES DE PESOS. Debe indicarse que, tales dineros se dedujeron de los DOSCIENTOS OCHENTA Y*

*SIETE MILLONES DE PESOS que le estaba administrando, en virtud del contrato de "corretaje" la referida empresa comisionista. Además, que tales dineros fueron cobrados efectivamente por OLGHER e ingresaron a su haber patrimonial", acción para la cual la Víctima "nunca dio su consentimiento".*

5.- Consignó también la decisión de primera instancia que el Acusado negó la apropiación ilícita de los recursos, pues, *"esas transacciones se llevaron a cabo siempre con el consentimiento de su tía abuela Ana Mercedes, justificando que él era administrador de tales recursos y corredor de bolsa por lo que se concluyó que el primer cheque cuyo monto ascendía a TREINTA MILLONES DE PESOS le fue dado como pago de los honorarios generados por la gestión realizada respecto a la administración de tales recursos durante el año 2006",* mientras que del segundo cheque por 50 millones de pesos, aclaró que *"TREINTA MILLONES eran los honorarios por la gestión adelantada como corredor de bolsa y el valor restante fue un dinero que se le dio para que lo invirtiera en la bolsa de valores. Empero, debido a que uno de (los) negocios fracasó, le devolvió, según él, la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS los cuales consignó a la cuenta de ahorros que tenía su tía en el banco BBVA".*

6.- Descreyó el A quo de las justificaciones del Acusado, en la medida en que se demostró que nunca existió un contrato de corretaje entre ANA MERCEDES y OLGHER ENRIQUE, y además, porque éste no contaba con *"poder o mandato para administrar o manejar los doscientos ochenta y siete millones que tenía en ese momento la Víctima",* pues, *"el único administrador y corredor de bolsa, era la empresa Helm Securities",* de donde dedujo que al Acusado *"nunca se le dieron esos recursos para que los manejara, ni siquiera los ochenta millones de pesos que se hizo girar entre 2006 a 2007, pues no era el encargado de administrarlos o invertirlos en la bolsa de valores",* pues su rol se redujo a *"servir de intermediario o mensajero en la relación civil y comercial que existía en aquel entonces entre Helm Securities y la señora Ana Mercedes Rincón Cano".*

7.- De las anteriores circunstancias dedujo el A quo que RIVERA RINCÓN *"se aprovechó de la confianza depositada por la señora Ana Mercedes Rincón Cano para hacerle firmar sin leer unas autorizaciones para que le fueran girados a su favor dichos cheques, para de esa manera apropiarse ilícitamente de una parte significativa de su patrimonio, indicándole que esos documentos correspondían a autorizaciones para que se invirtiera parte de los mismos en la empresa Nacional de Chocolates dentro del mercado bursátil",* apoderándose *"de una cosa mueble ajena en este caso de la suma*

de OCHENTA MILLONES DE PESOS, del haber patrimonial de la señora Ana Mercedes Rincón Cano”.

8.- Determinó el A quo que “si cien (100) salarios mínimos del año 2006 equivalen a 40.800.000 pesos y para el 2007 ascienden a 43.370.000. no existe el menor reparo de que también se consolida esta otra circunstancia de agravación punitiva estatuida dentro del artículo 267 del Código Penal”, por lo que concluyó que “se ha consolidado la materialidad de la conducta punible de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA Y LA CUANTÍA. siendo su autor material el señor OLGGER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, quien dolosamente se apropió de la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS del patrimonio de su tía ANA MERCEDES RINCÓN CANO”.

### **ARGUMENTOS DE LA APELACION**

Inconforme con la sentencia, el Defensor del sentenciado se alzó en recurso vertical solicitando revocar la decisión de primera instancia y absolver a su prohijado<sup>12</sup>.

1.- Planteó que se efectuó una “*variación errónea de la conducta*”, al cambiarla del delito de ABUSO DE CONFIANZA a HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA Y LA CUANTÍA.

Lo anterior, debido a la existencia del “*CONTRATO DE SOLICITUD DE SERVICIO suscrito por la señora ANA MERCEDES, el día seis (6) de febrero de dos mil seis (2006), documento cuya numeración es 01788, obrante e los folios 4 y ss. del cuaderno principal, dentro de los anexos de dicho instrumento se encuentra el formato de INFORMACION ADICIONAL PARA (sic) y se indica en este mismo documento que dicho formato aplica para: SOCIO, BENEFICIARIO, AUTORIZADO PARA IMPARTIR ORDENES, FIRMAR Y RECIBIR TITULOS O CHEQUES, estas facultades fue erogadas por RINCÓN CANO al señor RIVERA RINCÓN*”.

Entonces, dice el Apelante, el Acusado “*tenía la libertad de invertir libremente con fundamento en el anexo de INFORMACIÓN ADICIONAL*”, por lo que “*no puede hablarse o tipificarse en cabeza de RIVERA RINCÓN, la consumación del delito de hurto, pues éste actuó dentro de las facultades otorgadas por RINCÓN*

---

<sup>12</sup> Archivo 48, cuaderno 3, primera instancia.

*CANO y que se encuentra plasmado en el documento al que se hace alusión, que obra en la actuación y al cual se le ha desdibujado y transformado el alcance por el cual fue suscrito por RINCÓN CANO en favor de RIVERA RINCÓN”.*

Seguidamente expuso que según el documento denominado “*extracto consolidado de caja y transacciones*”, para el día 8 de marzo de 2006 el señor RIVERA RINCÓN “*con fundamento en la facultad otorgada por la señora ANA MERCEDES en el formato de INFORMACION ADICIONAL y dentro de la facultad de administrador, había adquirido para el patrimonio de su tía la suma de 59.794.626 millones de pesos y por los cuales se le adjudicaron unas acciones acorde con el valor nominal de cada acción para aquella época*”, sin que necesitase la “*autorización por escrito de RINCÓN CANO, (pues) RIVERA RINCÓN lo hacía de manera libre y en ejercicio de una facultad concedida*”.

2.- Según el documento denominado “*extracto consolidado de caja y transacciones*”, a la Víctima “*le consignaban los dividendos*” de acciones que había adquirido, “*hecho corroborable al observar el movimiento del día 24 de marzo del 2006*”.

3.- Puso de presente que el 26 de febrero de 2015, cuando la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal de Cúcuta decretó la nulidad de la Resolución de Acusación, “*ya había acaecido el término prescriptivo de la acción por el presunto (sic) de ABUSO DE CONFIANZA*”, por lo que fue decretada en su favor, acto que “*benefició la desidia del ente fiscal en la labor de instrucción*”, lo que a su juicio desconoce el principio de *no reformatio in pejus*, “*no tiene sustento ni fundamento jurídico, contrariando los principios generales del proceso*” .

4.- Es reiterativo acerca de la improcedibilidad de variar la “*calificación de la conducta por una más gravosa, habiéndose acaecido el término prescriptivo por haber dejado transcurrir el termino establecido en la ley y con base a solventar dicho proceder decide decretar la nulidad de la actuación, contrariando los fundamentos fijados por la Corte en tal sentido*”, exponiendo que tal declaratoria no cumplió con el requisito de taxatividad y porque “*habían transcurrido ya más de 9 años de la consumación del hecho y declarando dicha nulidad como remedio procesal en virtud del recurso de apelación propuesto por la defensa de*

*RIVERA RINCÓN en calidad de apelante único”, lo que a su juicio constituye una “vía de hecho flagrante”.*

5.- Como la Víctima carecía de *“conocimientos financieros”*, pero dentro de toda la actuación no se observa que ésta *“ordenara a la comisionista de bolsa la adquisición (de) las acciones”*, deduce que *“quien tomaba dichas decisiones era RIVERA RINCÓN, pues estaba facultado para ello, podía girar, recibir, títulos o cheques”*.

6.- Resalta que el contrato de mandato puede ser conferido de manera verbal y la Víctima *“sí dispuso de su patrimonio en favor de su sobrino...para que éste administre su patrimonio”*.

Pone de presente el contenido de la diligencia realizada en la Inspección de Policía de Pamplona el 14 de marzo de 2008, en la cual la apoderada de la Víctima indicó que *“RIVERA RINCÓN, realizó la venta y tomó la administración con facultades de inversión y venta”*, y que *“el poder que le había dado a RIVERA RINCÓN lo retracta y se lo pasa a la nueva apoderada”*, de donde deduce el Apelante que *“en este momento la señora RINCÓN CANO, acepta que existía facultad de administración del señor RIVERA RINCÓN, soportado en el contrato o formato de información adicional suscrito de manera previa en la ciudad de Bucaramanga”*.

7.- Expone que el perito MARIO ENRIQUE LOTURCO concluyó que *“la relación contractual entre la señora RINCÓN CANO Y RIVERA RINCÓN, fue un contrato de mandato de tipo verbal de administración de acciones y que las actuaciones del procesado fueron como particular y no como apoderado judicial, por tanto se presume que era un trabajador con contrato verbal a término indefinido”*, es decir, *“que el perito en mención determino que sí existió un vínculo contractual de tipo verbal, indicando además que el contrato de mandato podía otorgarse de esta manera”*, pero que *“Al momento de dictarse sentencia por parte del Juzgado Penal del Circuito, se determinó excluir dicho dictamen, muy a pesar de que fue el mismo juzgado quien ordenó dicha práctica que a la postre favorecía notoriamente al hoy condenado”*.

## CONSIDERACIONES

### Competencia. -

Esta Sala de Decisión es competente para conocer de la presente actuación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 76 de la Ley 600 de 2000.

### DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Dos fueron los hechos por los cuales se profirió la resolución de acusación y por los cuales se emitió la condena en primera instancia, a saber, la apropiación el **24 de marzo de 2006** por parte de OLGHER ENRIQUE RIVERA de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000,00) representados en el cheque No 9766797 y la de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000,00) representados en el cheque No 0867595 el **27 de agosto de 2007**, los cuales fueron pagados por la empresa HELM SECURITIES S.A., depositaria de los recursos de la “*tía abuela*” de aquél, ANA MERCEDES RINCÓN CANO.

Respecto a la conducta delictiva más antigua, el cobro catalogado como indebido de TREINTA MILLONES DE PESOS realizado el **24 de marzo de 2006**, tenemos que la resolución de acusación proferida en segunda instancia por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta el **23 de noviembre de 2018**<sup>13</sup>, acotó la conducta como “*hurto agravado por la confianza y agravado por la cuantía, previsto y sancionado en los arts. 239, 241.2 y 267 de la Ley 599/2.000, de que fue víctima ANA MERCEDES RINCÓN CANO*”.

Como soporte de la agravación por la cuantía, esgrimió el ente fiscal, según lo dispuesto en el artículo 267 CP, que lo apropiado tenía un valor superior a 100 s.m.l.m.v., pues equivalía a \$80.000.000,00 (OCHENTA MILLONES DE PESOS):

(...)

7.- No se accederá a la pretensión de la defensa en el sentido que se declare la prescripción de la acción penal, pues la conducta por la que se adelanta la presente investigación es la de hurto agravado por la confianza (que incrementa la pena máxima del art. 239 en la mitad) y agravado por la cuantía (los cien salarios mínimos de 2006/2007 equivalen a \$40'800.000 y \$43'370.000), prevista y

---

<sup>13</sup> Archivo 141, carpeta 2.

sancionada en los artículos 239, 241.2 y 267 de la Ley 599 de 2.000, que consagra una pena máxima de trece (13) años y seis (6) meses, los que contabilizados desde el 27 de marzo de 2006, aún no ha prescrito, y por tanto no es procedente declarar la extinción de la acción penal<sup>14</sup>.

En la misma línea, el *A quo* sumó las cuantías de los dos eventos para adosarle la referida agravación impuesta por el artículo 267 C.P.:

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el señor OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN se apropió ilícitamente, para los años 2006 y 2007, de OCHENTA MILLONES DE PESOS del patrimonio de su tía abuela Ana Mercedes Rincón Cano. Si bien devolvió DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS. esta situación sólo se tendrá en cuenta a la hora de cuantificar los respectivos perjuicios.

Así las cosas, si cien (100) salarios mínimos del año 2006 equivalen a 40.800.000 pesos y para el 2007 ascienden a 43.370.000. no existe el menor reparo de que también se consolida esta otra circunstancia de agravación punitiva estatuida dentro del artículo 267 del Código Penal.

Al rompe se constata que si bien los dos eventos guardan similitudes y se juzgaron en conexidad, son autónomos, no sólo porque su realización está separada por un año y cinco meses, sino porque en el frente jurídico de la resolución de acusación no se imputó ningún dispositivo jurídico que disolviera su mismidad (p. ej, delito continuado o masa, artículo 31 C.P.).

En ese orden, a pesar de haber sido juzgadas simultáneamente, el término prescriptivo deberá correr autónomamente para cada una de los hechos acusados.

Para el efecto, tenemos como fecha de comisión de la primera conducta de HURTO el **24 de marzo de 2006**, la cual, según el aplicable texto original del artículo 239 de la ley 599 de 2000, tenía adscrita una pena de prisión de **2 a 6 años**, dado que bajo el sistema de la ley 600 de 2002 no es factible imponer el aumento de penas establecido por la ley 890 de 2004<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Ibid, pag 28.

<sup>15</sup> "Aquí corresponde aclarar que de acuerdo con el criterio fijado por la Sala a partir de CSJ SP 18 ene. 2012., rad. 32764, el incremento de pena fijado por la Ley 890 de 2004, no resulta aplicable para casos regulados por la Ley 600 de 2000 a pesar de que los hechos se comentan en vigencia de aquella normativa, esto es, a partir del 1 ° de enero de 2005, tal y como ocurre en este caso en donde el suceso criminal se ejecutó en el mes de diciembre de 2006, motivo por el que bajo tal entendimiento, la sanción para el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es aquella prevista en la ley antes de la modificación de la Ley 890". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP 379 de 2018.

Tal pena máxima de prisión de **6 años**, por aprovechamiento de la confianza se aumentaría en la **mitad**, de acuerdo con el factor de agravación acusado dispuesto en el artículo 241 numeral 2 CP, es decir, en este punto la pena máxima de prisión imponible, y en consecuencia la prescripción, serían de **9 años**.

Si bien, como ya se anotó, se acusó el factor de agravación consignado en el artículo 267 CP correspondiente a que lo apropiado superara una cuantía de 100 smlmv, tenemos que para el año 2006 el valor de tal estipendio era de \$408.000,00 (CUATROCIENTOS OCHO MIL PESOS) mensuales, lo que multiplicado por cien equivaldría a \$40.800.000,00 (CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS), mismos que no son excedidos por los \$30.000.000,00 (TREINTA MILLONES DE PESOS) presuntamente apropiados el 24 de marzo de 2006, en una acción que, se insiste, es autónoma de la perpetrada posteriormente.

Así, habiéndose ejecutado el hecho el **24 de marzo de 2006** y siendo la pena de prisión máxima imponible la de **9 años**, para esa fase del procedimiento correspondía que la resolución de acusación se hubiese ejecutoriado antes del **24 de marzo de 2015**<sup>16</sup>.

Como la resolución de acusación cobró ejecutoria el **23 de noviembre de 2018**<sup>17</sup> (por no proceder recurso alguno contra la proferida por la Delegada ante el Tribunal de Cúcuta), debe concluirse que para ese momento la acción penal para la conducta realizada el 24 de marzo de 2006 ya se encontraba holgadamente prescrita, y así se declarará.

Respecto a la prescripción de la otra conducta, y sin perjuicio del análisis de tipificación que se realizará más adelante, tenemos que la apropiación de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) fue perpetrada el **27 de agosto de 2007**, siendo Acusado el infractor además del delito de HURTO de los ya referidos factores de agravación consignados en los artículos 241, numeral 2 y 267 del CP.

---

<sup>16</sup> "Así las cosas, en el procedimiento de la ley 600 la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación ejecutoriada; en el de la ley 906 con la formulación de la imputación, acto que no es equivalente ni equiparable a aquella. De ahí que el plazo consagrado en el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, se aplique únicamente a los procesos adelantados bajo las ritualidades de la primera y para los tramitados por el sistema acusatorio rija lo previsto en la ley 906 de 2004". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP8283 de 2016.

<sup>17</sup> Archivo 141, carpeta 2.

Así, para esta conducta, tenemos que el delito nuclear de HURTO tenía adscrita una pena de prisión máxima de **6 años**, la cual se agrava por la confianza en sus  $\frac{3}{4}$  partes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2 del CP modificado por la ley 1142 de 2007, norma que entró en vigencia el 28 de junio de 2007.

De esa manera, los 6 años de la pena básica tienen un aumento del 75%, es decir, 4,5 años, lo que hasta esta fase de análisis arrojaría una pena máxima imponible de **10 años y seis meses**.

Según lo dispuesto en el artículo 267 CP tal pena se aumentaría hasta en la mitad, es decir, al anterior monto de 10 años y seis meses se le adicionarían 5 años y tres meses, obteniendo un término máximo de prescripción de **15 años y 9 meses**. Merced a ello, realizando los cálculos debidos, tenemos que el fenecimiento de la acción ocurriría el **27 de mayo de 2023**, por ser la apropiación mayor a 100 smlmv (equivaliendo tal emolumento a \$433.700,00 para la época).

Como la resolución de acusación cobró ejecutoria el **23 de noviembre de 2018**, tal acto procesal fue proferido oportunamente. En añadidura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 CP, tenemos que a partir de tal hito se computaría un término de prescripción igual a la mitad de la pena de prisión imponible, el cual para el caso equivale a 7 años, diez meses y quince días, los que se satisfacerían el **7 de octubre de 2026**, por lo que nada obsta para que se profiera esta sentencia respecto al hecho criminoso supuestamente realizado el **27 de agosto de 2007**.

#### **Problemas Jurídicos. -**

Desatará la Sala los siguientes: *i*).- ¿Los hechos jurídicamente relevantes enrostrados al procesado se adecúan típicamente en el delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía o en el reato de abuso de confianza agravado?; dilucidado lo anterior *ii*).- ¿Está vigente la acción penal en este trámite?

#### **Del caso concreto. -**

1.- No se aprecian irregularidades procesales que vicien la actuación, como tampoco el desconocimiento de derechos y garantías de los participantes en el trámite, por lo que es procedente emitir la decisión de fondo.

2.- En esencia, el Recurrente objeta la calificación jurídica efectuada en la Resolución de Acusación reflejada en la sentencia de primera instancia, la cual en vez de adecuar la conducta al delito de abuso de confianza lo hizo erradamente a la de hurto agravado por la confianza y la cuantía.

También puso de presente el Apelante cómo inicialmente se profirió la Resolución de Acusación el 15 de noviembre de 2011 por el delito de abuso de confianza agravado por la cuantía<sup>18</sup>, la cual, apelada por la Defensa<sup>19</sup>, motivó que el 26 de febrero de 2015 la Fiscalía Primaria Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta declarara la nulidad de todo lo actuado a partir de aquella<sup>20</sup>, lo que considera el Recurrente anómalo, pues, afirmó, ello no fue objeto de apelación y para ese momento la conducta inicialmente endilgada ya estaba prescrita.

La mentada declaratoria de nulidad de 26 de febrero de 2015 tuvo por sustento al compás del artículo 306 de la Ley 600 de 2000 la *“comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y la violación del derecho de defensa”*, consistentes en que *“examinada la prueba documental y testimonial incorporada a la actuación, se advierte claramente que la conducta atribuida al sindicado RIVERA RINCÓN no encaja en el punible de abuso de confianza, sino en el tipo penal de hurto agravado por la confianza, previsto y sancionado en los artículos 239 y 241.2 de la Ley 599/2.000, y, además, agravado conforme al numeral 1º del artículo 267 del mismo ordenamiento, al estar objetivamente acreditado que el valor de lo apropiado supera los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época”*.

Para arribar a tal conclusión, afirmó la Fiscalía Delegada que *“HOLGER (sic) ENRIQUE RIVERA RINCÓN no recibió los 80 millones de pesos, girados a su nombre por HELM SECUTITIES S.A. de la cuenta de su tía ANA MERCEDES RINCÓN, a un título no traslativo de dominio, sino, en virtud a una simple autorización extendida por la mencionada señora y atendiendo a la confianza derivada del nexo de consanguinidad que existe entre la denunciante y el denunciado”*.

Indicó la Delegada que *“la fundamental característica diferenciadora entre el hurto agravado por la confianza y el abuso de confianza, es que en el abuso de confianza el agente tiene poder jurídico sobre la cosa mueble ajena, lo que implica*

---

<sup>18</sup> Archivo 077, cuaderno 1.

<sup>19</sup> Archivo 082, ibid.

<sup>20</sup> Archivos 094 y 95 ibid.

*una relación jurídica con el propietario de la cosa mueble a través del bien, que genera derechos y obligaciones, característica común a las distintas hipótesis previstas en la ley civil como formas de adquirir que excluyen el título traslativo de dominio; cosa distinta ocurre en el hurto agravado por la confianza, donde el agente carece por completo del poder jurídico sobre la cosa mueble ajena, el contacto con ésta se lleva a cabo en virtud a la relación personal de confianza que vincula al agente con el propietario, poseedor o tenedor del bien”.*

Después de realizar algunas consideraciones jurisprudenciales, la Delegada indicó que *“En el caso examinado, es claro que HOLGER (sic) ÉNRIQUE RIVERA RINCÓN, no entró en relación con las acciones de propiedad de ANA MERCEDES, o con el producto de la venta de ellas, amparado en un título no traslativo de dominio, pues, el contrato de administración aludido por el procesado efectivamente existió, pero no entre la denunciante y el denunciado, sino entre ANA MERCEDES RINCÓN y la compañía HELM SECURITIES S.A.”*, señalando que *“en la investigación no obra documento o contrato alguno que demuestre la existencia de una relación jurídica entre ANA MERCEDES RINCÓN a través de sus bienes (valores depositados en HELM SECURITIES S.A.), con HOLGER ENRIQUE RIVERA RINCÓN”.*

En consonancia con lo anterior, concluyó la Delegada:

Pues bien, la prueba documental reseñada demuestra que en marzo 24 de 2006 y agosto 27 de 2008, quien tenía la administración de los valores de propiedad de ANA MERCEDES RINCÓN CANO, incluida la venta de las 6.653 acciones de BAVARIA S.A., y su reinversión en diversas acciones como de la Compañía Nacional de Chocolates, Suramericana, Bancolombia, y Ecopetrol, era La Sociedad Administradora HELM SECURITIES S.A. Corredores de Bolsa, y no HOLGER (sic) ENRIQUE RIVERA RINCÓN, pues, éste probablemente era la persona autorizada para transmitir las ordenes de LA CLIENTE, ANA MERCEDES RINCÓN CANO y para recibir los títulos valores, como se infiere de los documentos mencionados, autorización que al parecer recibió en virtud a la confianza que ANA MERCEDES le tenía por razones de consanguinidad.

Por modo que, no es posible hablar en este caso de título no traslativo de dominio frente a HOLGER (sic) ENRIQUE RIVERA RINCÓN, descartándose que el sindicado haya obrado como administrador o mandatario de la señora ANA MERCEDES, y, en consecuencia, que haya incurrido en abuso de confianza.

Es evidente, entonces, que en la indagatoria se le imputó al sindicado, de manera errónea, una conducta típica diferente a la que realmente corresponde, y en consecuencia, no tuvo oportunidad de

conocer, controvertir y tampoco pedir pruebas, con lo que se afectarían sus garantías fundamentales.

Ahora bien, variar la calificación jurídica del delito en el actual estado del proceso, esto es, en segunda instancia, no es posible porque la conducta que verdaderamente se configura es más gravosa y se violaría el principio de no *reformatio in pejus*. Tampoco puede aceptarse la hipótesis de confirmar la acusación, manteniendo la calificación de abuso de confianza agravado por la cuantía, pues, de un lado, la acción penal por esa conducta estaría prescrita y, por otro, una solución de tal naturaleza entraña grave afectación al principio de legalidad que hace parte del debido proceso, y, como es sabido de todos, la ilegalidad no ata al funcionario judicial ni crea derechos a favor de los sujetos procesales. En consecuencia, la forma de corregir el yerro no puede ser otra que decretar la nulidad de los actos procesales de trámite, a partir inclusive de resolución de clausura de la investigación.

En la Resolución de acusación proferida el 23 de noviembre de 2018 por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta (que desató el recurso de apelación interpuesto contra la proferida el 26 de marzo de 2018 por la Fiscalía Tercera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pamplona), se indicó que *“para la configuración del tipo penal de hurto agravado por la confianza que se analiza, no interesa si ANA MERCEDES autorizó o no al comisionista de bolsa para girar los cheques por 80 millones de pesos a nombre de HOLGER ENRIQUE; lo que interesa es que este dinero era ajeno y del cual no podía apoderarse el procesado, pues no era un obsequio de la tía, ni constituía la contraprestación de una labor que no hizo, y por tanto el procesado no podía apoderárselos en provecho suyo”*.

Con relación al cambio de calificación jurídica, que a la sazón también fue objeto de insatisfacción del apelante, se limitó la Delegada ante el Tribunal a citar *in extenso* la postura esgrimida por su homónima el 26 de febrero de 2015.

En la sentencia de primera instancia que hoy es objeto de apelación, el *A quo*, previa comprobación de la preexistencia del dinero y su titularidad en cabeza de MERCEDES RINCÓN, razonó que:

Según el mencionado informe, así como el contrato de corretaje que allegó Helm Securities, se puede inferir claramente que la señora Rincón Cano y dicha comisionista de bolsa, celebraron el negocio jurídico antes aludido, en donde la segunda se encargaría de administrar e invertir en la bolsa de valores la suma de doscientos ochenta y siete millones de pesos que se encontraban para la época en el haber patrimonial de la segunda. En ese orden de ideas, el

único administrador y corredor de bolsa, era la empresa Helm Securities y no OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, estando obligado el comisionista a consignar a una cuenta de ahorros de Ana Mercedes los réditos o ganancias generados por las inversiones dentro del mercado bursátil.

Por lo anterior, se evidencia que al señor OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN nunca se le dieron esos recursos para que los manejara, ni siquiera los ochenta millones de pesos que se hizo girar entre 2006 a 2007, pues no era el encargado de administrarlos o invertirlos en la bolsa de valores, pues, conforme al citado contrato de corretaje, la única que tenía dicho rol de administrador o corredor de bolsa, era la empresa de razón social Helm Securities, a la cual se había contratado para tales fines.

Luego entonces, se encuentra probado que RIVERA RINCÓN no era el administrador de tales emolumentos, no tenía la facultad de mover o disponer de esa plata, como mentirosamente acotó en cada una de sus declaraciones, pues lo cierto es, conforme a lo manifestado por la propia víctima y lo informado por dicha empresa comisionista de bolsa, **el único papel que desempeñó en todo este asunto, fue de servir de intermediario o mensajero en la relación civil y comercial que existía en aquel entonces entre Helm Securities y la señora Ana Mercedes Rincón Cano. Esto es que, el señor OLGHER ENRIQUE era el encargado de transmitir telefónicamente a los empleados de dicha compañía las instrucciones de su tía abuela, las cuales refrendaba con las autorizaciones que ésta suscribía y posteriormente pasaba por escrito<sup>21</sup>.**

(...)

Por consiguiente, debe reiterarse vehementemente que el señor OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN nunca fungió como administrador o corredor de bolsa de los DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES que le fueron adjudicados a la señora Ana Mercedes Rincón Cano, por la venta de sus acciones de Bavaria S.A., pues el administrador de tales activos era la empresa de razón social Helm Securities -Comisionistas de Bolsa. De manera que OLGHER ENRIQUE miente cuando afirma que él era encargado de realizar las inversiones de los mencionados emolumentos en la bolsa de valores, que esa actividad le resultaba muy dispendiosa, que le exigía tiempo y dedicación y que por eso su tía presuntamente consintió en que le fueron girados dichos cheques, de los cuales se pudo apropiarse de SESENTA MILLONES CINCUENTA MIL PESOS del patrimonio de su tía abuela, para que le fueran cancelados unos supuestos honorarios como corredor de bolsa, los cuales, según él, correspondían al pago anual del 10% del monto total del dinero que tenía en ese momento su tía dentro de la empresa Helm Securities.

---

<sup>21</sup> Énfasis fuera de texto.

Queda claro cómo tanto en la Resolución de Acusación de 23 de noviembre de 2018 como en el fallo de primera instancia, se concluyó, y fue premisa de la condena, que el Acusado, a quien el *A quo* afea como mero “*intermediario o mensajero*”, no tuvo una relación jurídica cualificada sino material con el dinero apropiado, deduciéndose de ello que la conducta penal a sancionar debía ser la de hurto agravado por la confianza y no la de abuso de confianza.

3.- Respecto al deslinde entre el delito de hurto agravado por la confianza con el de abuso de confianza, en auto AP1600 de 2012, de ineludible citación extensa, refirió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Para llegar a esa determinación, en el fallo se cita la base jurisprudencial que de antaño rige en esta Corte sobre la diferencia entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza, reseñándose el siguiente apartado de la sentencia CSJ SP14549, 12 Oct. 2016, Rad. 46032:

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

*“... la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslativo de dominio", vale decir, que en ese delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que **en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.**” (Resalto fuera de texto original).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*«Ahora bien, la confianza requerida para la estructuración de la agravante, que como viene de ser visto, debe ser de carácter personal, es distinta de la <<confianza en el sistema financiero>>, o de la que pueda tenerse frente a una determinada institución o persona jurídica pública o privada, por el buen prestigio de que goce, o los buenos resultados de su gestión en el cumplimiento de su objeto.*

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

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

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

*«También, que el contacto del sujeto agente con la cosa no necesariamente debe ser material, pues el hurto no sólo puede cometerse cuando se tiene contacto físico con la cosa, sino cuando se ejerce sobre ella disponibilidad jurídica».*

4.- Visto lo anterior, y para proseguir el eventual análisis de responsabilidad en el caso, debe determinarse, según lo reclamado por la apelación, si la conducta fue debidamente tipificada.

Para ello, y acorde con la jurisprudencia citada, primeramente debe dilucidarse si el acusado OLGHER RIVERA tenía un vínculo o poder jurídico sobre lo apropiado, o si por el contrario, si su relacionamiento era meramente material o físico, pues de tal interacción se desprende si la conducta corresponde excluyentemente al delito de abuso de confianza y al del hurto agravado por la confianza, respectivamente.

No es objeto de controversia la apropiación de los recursos (que el Acusado justifica pero no niega), y que tal apoderamiento se dio en el contexto de la relación contractual que ANA MERCEDES RINCÓN CANO tenía con la corredora de bolsa HELMS SECURITIES S.A., personas entre las cuales mediaba OLGHER RIVERA, siendo la naturaleza de su intercalamiento la que dirimirá el tipo penal acusable.

4.1.- Como primera medida, tenemos que en la denuncia penal radicada el 17 de abril de 2008<sup>22</sup>, la denunciante ANA MERCEDES RINCÓN CANO indicó que:

(...)

**TERCERO:** Las acciones que poseía en BAVARIA S.A. fueron negociadas por mi sobrino, con la compañía HELM SECURITIES S.A.; (corredores de bolsa); para lo cual le di mi autorización. El cuál aprovechándose de mi cariño, confianza, avanzada edad y mi escaso entendimiento financiero nunca me informó de mi dinero, ni del valor de las transacciones realizadas y del cual según informes financieros preliminares me ha hurtado OCHENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 80.000.000), como capital básico y dividendos e intereses por definir.

(...)

**QUINTO:** Transcurrido (sic) 2 años y después de múltiples requerimientos mi sobrino sin darme explicaciones, decidí contratar los servicios profesionales de mi sobrina VENUS LEONOR PEÑARANDA RINCÓN, para que me asesorara y por ello acudimos a las autoridades policiales para iniciar las acciones legales pertinentes y obtener la devolución total del dinero de las acciones que tenía en ACCIONES BAVARIA S.A.

**SEXTO:** El pasado mes de febrero otorgué poder general a la Doctora VENUS LEONOR PEÑARANDA RINCÓN y en ejercicio de este poder la profesional del derecho citó e hizo comparecer al presunto sindicado con el objeto de Revocarle ante una autoridad competente el poder y/o autorización inicialmente otorgado y de exigirle la rendición de cuentas de mi dinero tal como consta en el ACTA ante LA INSPECCIÓN DE POLICÍA anexa.

**SÉPTIMO:** Mi apoderada ha realizado las investigaciones preliminares ante la compañía HELM SECURITIES S.A. encontrándose que el dinero Invertido por mis acciones asciende a la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL VENTIUN PESOS con Veinte centavos (\$286.880.021,20 Cts), de los cuales según informe de corredores de Bolsa solo está (sic) CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$138.953. 779).

**OCTAVO:** Mi apoderada ha efectuado investigaciones financieras y se pudo establecer que el presunto sindicado ha cobrado a título personal los cheques No 9766797 por un valor de TREINTA MILLONES PESOS (\$30.000.000), el 24 de marzo de 2006 y el cheque No 0867595 por CINCUENTA MILLONES PESOS (\$50.000.000), el 27 de agosto de 2007 valor cheque proveniente del Banco de Crédito girados por HELM SECURITIES S.A. Corredores de Bolsa.

---

<sup>22</sup> Archivo 001, carpeta 1.

4.2.- En el acta de la Inspección de Policía de Pamplona realizada el 14 de marzo de 2008<sup>23</sup>, referida en el numeral sexto de la denuncia, se lee (grafía original):

La doctora Venus expone: 1) uno que todo empezó por la venta de unas acciones de Babaria y el señor Olger realizo la venta y tomo la administración con facultades de inversión y venta por lo tanto se cito al señor mencionado para que responda 2) en donde esta invertido ese dinero por doscientos ochenta y seis ochocientos ochenta cero veintiuno veinte centavos (\$286.880.021.20) millones de pesos moneda corriente de las acciones de babaria. 3) bajo que poder documento o autorización el actuo para que lo exhiba, 4) que renuncia la administración de los bienes de la señora Ana Rincón (...)

A lo anterior, en tal oportunidad el hoy Acusado replicó (grafía original):

El señor Holger Rincón responde al numeral uno que la venta de esas acciones se realizó a través de un contrato de administración suscrito con el banco de crédito de la ciudad Bucaramanga en el año 2006 dentro de las facultades de esta administración estaba para la venta inversión de dichas acciones a través de la sociedad comisionista de Bolsa. Al numeral 2) Responde: el valor de esos dineros fueron invertidos en nuevas acciones unas de la compañía nacional de los chocolates otras suramericana por un valor aproximado de \$35.000.000 de pesos moneda corriente y otros de bancolombia por un valor aproximado de 35.000.000 de pesos moneda corriente y le consignaron en la cuenta de ahorros más o menos de 50 a 65 millones de pesos. Al numeral 3 responde: Bajo el mismo contrato de Administración pero no surtió ningún tipo de poder especial al numeral 4) responde: El dice que renuncia a la facultad conferida y se acepta en los términos que la apoderada lo propone (...)

4.3.- También tenemos que por medio de escritura pública nro 097 de “*poder general*” de 8 de febrero de 2008 de la Notaría Segunda de Pamplona, ANA MERCEDES RINCÓN CANO lo otorgó a VENUS LEONOR PEÑARANDA RINCÓN, declarando aquélla que “*Este poder general revoca incondicionalmente el anterior poder conferido al Señor OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN. Presente la señora VENUS LEONOR PEÑARANDA identificada con la cédula de ciudadanía número 60.255.604 expedida en Pamplona, dijo: Segundo.- Que acepta el poder general que por medio de este instrumento le confiere la señora ANA MERCEDES RINCÓN CANO y que lo ejercerá oportunamente*”<sup>24</sup>.

4.4.- En diligencia de conciliación realizada el 25 de junio de 2008, ANA MERCEDES RINCÓN manifestó que “*yo quiero que me dé lo mío las acciones*

<sup>23</sup> Archivo 002, ibid.

<sup>24</sup> Archivo 003, ibid.

*que el señor vendió y se apropió de ellas, no me ha rendido cuentas ni nada y son doscientos cuarenta millones (\$240.000.000oo) fuera de los intereses”<sup>25</sup>.*

4.5.- En diligencia de ampliación de denuncia realizada ante la Fiscalía Primera Local de Pamplona el 9 de diciembre de 2009<sup>26</sup>, ANA MERCEDES RINCÓN manifestó:

PREGUNTADA. Diga a la Fiscalía en qué fecha y de cuánto la cantidad de dinero que usted puso en manos del señor HOLGER ENRIQUE RIVERA RINCÓN para que le manejara por medio de acciones. CONTESTO. Que a mí se me hubiera ocurrido no, en ningún momento, él fue el que se me ofreció eso fue aproximadamente tres años, porque él no quería entregarme cuentas porque decía que eso no salía y que se demoraba, no me entregaba cuentas, yo tenía unas acciones de BAVARIA no sabía exactamente cuánta plata era porque era que yo las tenía hace más de cuarenta años yo las tenía en el Banco Bogotá e iba y cobraba cada tres meses, alrededor de hace tres años larguitos yo fui a cobrar y me dijeron que tenía que vender las acciones porque eso lo había comprado una firma extranjera y me entregaron las acciones, en ese entonces HOLGER (sic) estaba en la casa y me dijo entonces que le firmara un recibo que necesitaba para venderlas y ese recibo que me dijo lo convirtió en poder eso fue en Bucaramanga, porque allá era donde se podían vender, a los dos meses yo le pregunté a HOLGER (sic) que me diera cuentas de lo de las acciones y me dijo que todavía no sabía nada, que eso todavía no había salido nada, y durante ese tiempo que él me mantuvo así sí compró finca y animales y sin estar trabajando, la finca la compró por el lado de Cácuta y todo a nombre de él y de la señora que vive con él, todo a nombre de los dos, el monto sí no sé exactamente, a mí me dijo la otra abogada que tuve que eran doscientos setenta millones pero no estoy segura.. PREGUNTADA. Ha averiguado usted en las firmas donde se han Invertido las acciones, el valor de este dinero. CONTESTO. No, hasta el momento no sé dónde. PREGUNTADO. Usted pactó o acordó con el señor HOLGER (sic) RIVERA como pago de los servicios y asesoría la suma de treinta millones de pesos correspondientes al año 2007 a 2008. CONTESTO: No, nunca ni siquiera verbal, yo sí pensaba reconocerlo si hubiera hecho las cosas como eran, pero no fue así, él me dio el recibo que ya dijo y él mandó a hacer fue un poder. PREGUNTADA. Actualmente dónde están invertidas estas acciones y por cuánto valor. CONTESTO. Las pocas que hay, están en HELM SECURITIES S.A. de Bogotá. PREGUNTADO. Tiene algo más que agregar o corregir a la presente diligencia. CONTESTO. Por el momento no tengo nada más que agregar, solo que se haga Justicia, con todo respeto les pido y que HOLGER (sic) me entregue todos los papeles que me hizo firmar. No más siendo otro el objeto de la presente se firma por los que en ella intervinieron. Se observó lo de ley.

---

<sup>25</sup> Archivo 018, ibid.

<sup>26</sup> Archivo 034, ibid.

4.6.- En la indagatoria realizada el 26 de febrero de 2009, OLGHER RIVERA expuso:

El motivo por el cual me encuentro rindiendo la presente indagatoria, todo se relaciona con un negocio que involucró la venta, la negociación de unas acciones de la compañía Bavaria S.A., acciones que estaban a nombre de la señora Ana MERCEDES RINCÓN CANO, para esta negociación se acordó o pactó verbalmente con la señora en mención la negociación de estas acciones, puede entenderse como un contrato de Administración de dichas acciones, la responsabilidad que yo tenía era la de vender, reinvertir y estudiar otras posibilidades de inversión de dichas acciones en la bolsa de valores. A eso del año 2006 se firmó un contrato de Administración con la comisionista de bolsa de valores en la ciudad de Bucaramanga de la compañía HELM SECURITIES S.A. contrato que dentro de sus cláusulas tiene facultades muy amplias que se me otorgaron pero decidí que todo tipo de negociación o transacción fuera autorizado previamente por escrito por la titular de dichas acciones es decir la señora Ana Mercedes (...)<sup>27</sup>.

4.7.- En el documento denominado “EXTRACTO CONSOLIDADO DE CAJA Y TRANSACCIONES”, la comisionista de bolsa HELM SECURITIES S.A. detalló los movimientos de la cuenta correspondiente a ANA MERCEDES RINCÓN CANO<sup>28</sup>.

En tal documento, en lo que interesa a este trámite, se enlistó la compra de dos paquetes de acciones de la Compañía Nacional de Chocolates el 8 de marzo de 2006 por \$59.794.626,00 y \$69.146.014,00; de dos paquetes de acciones de Suramericana de Inversiones el 15 de marzo de 2006 por \$15.612.075,00 y \$14.203.125,00; compra de un paquete de acciones de Bancolombia el 16 de marzo de 2006 por \$29.960.943,00; venta de acciones de la Compañía Nacional de Chocolates el 25 de julio de 2007 por \$132.490.314,00 y por \$1.576.278,00; primer abono de compra de acciones de Ecopetrol el 11 de septiembre de 2007 por \$7.894.740,00; compra de títulos TES del Gobierno el 12 de septiembre de 2007 por \$71.369.776,00; compra de un paquete de acciones de Ecopetrol el 13 de noviembre de 2007 por \$52.631.600,00; compra de un paquete de acciones de Suramericana de Inversiones el 27 de noviembre de 2007 por \$24.870.625,50; venta de acciones de Suramericana de Inversiones el 6 de diciembre de 2007 por \$24.909.018,75; creación de CDT en el Banco Lloyds por \$27.673.922,67; compra de títulos TES del Gobierno el 15 de febrero de 2008 por \$21.217.592,00 y por \$6.414.621,27, además del pago de dividendos, débitos por abono de

---

<sup>27</sup> Archivo 028, ibid.

<sup>28</sup> Archivo 004, ibid.

cuenta, y los 30 y 50 millones de pesos indebidamente cobrados por el Acusado objeto del proceso penal.

4.8.- En certificación expedida el 2 de junio de 2009 por HELM SECURITIES S.A., dirigida al “*proceso abreviado de rendición de cuentas provocada Rad 2008-00133*” “*Dte: Ana Mercedes Rincón Cano*” “*Ddo: Olger Enrique Rivera Rincón*” del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pamplona, se consignó:

Estimados señores,

De acuerdo a lo solicitado en su oficio, dentro del proceso en referencia, certificamos que la señora Ana Mercedes Rincón Cano identificada con la C.C. 27.779.299 de Pamplona, al momento de la vinculación en el año 2006 a Helm Securities S.A. Comisionista de Bolsa, suministró un formulario de Vinculación diligenciado, el formato CC-065, el contrato de administración de valores suscrito y una declaración extra juicio sobre el origen de sus fondos.

**En dicho formato se registraron los datos del Sr. Olger Enrique Rivera Rincón identificado con la C.C. 93.401.879 como autorizado para impartir órdenes, firmar y recibir títulos o cheques.**

**Los documentos fueron suscritos el día 6 de febrero de 2006 en Bucaramanga entregados a la firma comisionista por la Sra. Ana Mercedes Rincón Cano.**

Mediante órdenes impartidas telefónicamente por el señor Olger Rivera y ratificadas mediante cartas remitidas a Helm Securities S.A., la señora Ana Mercedes Rincón Cano bajo su responsabilidad, solicita que con el producto de la venta de sus acciones sean girados unos cheques a nombre del señor Olger Enrique Rivera, ratificando de esa forma las operaciones correspondientes<sup>29</sup>.

4.9.- Junto al oficio de 8 de abril de 2010, por medio del cual la comisionista HELM S.A. remitió información a este proceso penal<sup>30</sup>, se acompañaron los siguientes documentos:

4.9.1.- Contrato de “*ADMINISTRACIÓN DE VALORES*” suscrito el 6 de febrero de 2006 entre HELMS y ANA MERCEDES RINCÓN CANO, el que en su clausulado señaló:

**PRIMERA: OBJETO:** Por medio del presente contrato LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA se obliga a prestar sus servicios de administración de valores, para lo cual realizará el cobro de los

<sup>29</sup> Archivo 041, ibid. Negrilla fuera de texto.

<sup>30</sup> Archivo 049, ibid.

rendimientos o dividendos; el cobro del capital; y si así lo instruyera el CLIENTE, reinvertir las sumas que por capital, rendimientos o dividendos llegue a cobrar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA, de acuerdo con las instrucciones escritas que para el efecto imparta EL CLIENTE.

(...)

**OCTAVA: FORMA DE INSTRUCCIONES.** LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA actuará de acuerdo con las instrucciones del cliente. Se entenderá que LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA estará autorizada para confiar en las instrucciones, si las mismas se dan por escrito por el personal autorizado de EL CLIENTE que se nombra en la lista que EL CLIENTE le suministre a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA a la fecha del presente Contrato. EL CLIENTE le suministrará a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA las modificaciones y certificará la veracidad de las mismas. EL CLIENTE suministrará igualmente a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA una tarjeta en la cual consten las firmas manuscritas de todo el personal autorizado<sup>31</sup>.

4.9.2.- Documento denominado *“INFORMACIÓN ADICIONAL PARA (...) AUTORIZADO PARA IMPARTIR ÓRDENES FIRMAR Y RECIBIR TÍTULOS O CHEQUES”*, en el que aparece como tal OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN<sup>32</sup>.

4.9.3.- Copia de fax enviado el 15 de marzo de 2006 a HELM SECURITIES, documento firmado, reconocido y notariado por ANA MERCEDES RINCÓN CANO el 10 de marzo de 2006 por medio del cual solicitó la colaboración de la entidad financiera *“para que el (sic) valor de la venta de mis acciones sea girado un cheque por valor de \$30.000.000 a nombre de OLGHER ENRIQUE RIVERA (...)”*<sup>33</sup>, lo que así se hizo.

4.9.4.- Copia de fax enviado el 28 de agosto de 2007 a HELM SECURITIES, documento firmado por ANA MERCEDES RINCÓN CANO por medio del cual solicitó la colaboración de la entidad financiera *“para que el (sic) valor de la venta de mis acciones sea girado un cheque por valor de \$50.000.000 (...)”*<sup>34</sup>, lo que así se hizo.

5.- Entonces, tenemos que forzada a vender sus acciones de BAVARIA S.A., el 6 de febrero de 2006 ANA MERCEDES RINCÓN CANO suscribió el contrato de *“ADMINISTRACIÓN DE VALORES”* con HELM SECURITIES, lo anterior para la administración de valores.

---

<sup>31</sup> Ibid, folio 15.

<sup>32</sup> Ibid, folio 18.

<sup>33</sup> Ibid, Folio 99

<sup>34</sup> Ibid, Folio 105.

Tal convenio preveía la figura del *“personal autorizado”*, apareciendo como tal OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, quien en ese rol estaba *“autorizado para impartir órdenes firmar y recibir títulos o cheques”*, sin que ningún reproche se haya hecho a la autenticidad o fidelidad de esta documentación.

En virtud de tal encargo OLGHER RIVERA realizó diversas transacciones de compra y venta de acciones entre el 8 de marzo de 2006 y el 15 de febrero de 2008 a nombre de ANA MERCEDES RINCÓN CANO, y en tal gestión, fue que el 27 de agosto de 2007 se apropió de 50 millones de pesos, lo cual ésta sólo advirtió hasta comienzos del año 2008, cuando contrató una apoderada para rastrear el destino de sus recursos, de los que el Acusado, a quien se le habían confiado, no daba razón alguna.

Del contenido de los documentos anteriormente reseñados, es claro que entre OLGHER RIVERA y MERCEDES RINCÓN existió un contrato de mandato, consistente en la autorización que ésta le extendió a aquél para *“impartir órdenes firmar y recibir títulos o cheques”* ante HELM, sumada a la autorización enviada a ésta vía fax el 28 de agosto de 2007, por la cual la financiera giró al Acusado el cheque por \$50.000.000,00.

La existencia del mandato, en virtud del cual RIVERA entró en contacto con el dinero, deviene palmaria de lo consignado en la escritura pública 097 de 8 de febrero de 2008 de la Notaría Segunda de Pamplona, en la que MERCEDES RINCÓN expresó que *“revoca incondicionalmente el anterior poder conferido al Señor OLGHER ENRIQUE RIVERA RINCÓN”*.

Así mismo, la relación jurídica, que no meramente material con los bienes confiados, también se deduce de la certificación expedida el 2 de junio de 2009 por HELM SECURITIES S.A., que fue dirigida al *“proceso abreviado de rendición de cuentas provocada Rad 2008-00133” “Dte: Ana Mercedes Rincón Cano” “Ddo: Olger Enrique Rivera Rincón”* del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pamplona, pues tal proceso no se habría iniciado contra quien se considerase tener una relación meramente física o accidental con la cosa<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> *“Efectivamente, el proceso de rendición provocada de cuentas tiene por objeto específico que todo el que, conforme a la ley o al contrato, esté obligado a rendir cuentas de su gestión o administración lo haga, si espontánea o voluntariamente no ha procedido a ello. Tal mandato descansa, de suyo, en la norma positiva que impone esa obligación o en el contrato del cual emana, por lo que es el destinatario de las cuentas el que, por ley o por virtud de la relación contractual, está legitimado para demandar a quien debe rendirlas. Y el ordenamiento jurídico grava con esa carga a los secuestres, a los administradores de comunidades, a los mandatarios, a los comodatarios, a los guardadores de los incapaces, o a quienes por un acto unilateral lícito como en la agencia oficiosa representa a otro, entre otros. También se tiene por sabido que el «administrador» debe rendir cuentas de su*

Adicionalmente, MERCEDES RINCÓN también fue reiterativa respecto a la necesidad de que le rindieran cuentas en la denuncia de 17 de abril de 2008, en la conciliación de 25 de junio del mismo año y en la diligencia de ampliación de denuncia realizada ante la Fiscalía Primera Local de Pamplona el 9 de diciembre de 2009, reclamo que sólo puede derivarse de quien se considera tiene autonomía administrativa.

Sumado a lo anterior, tenemos el distanciamiento que respecto a la gestión de los recursos obtenidos por la venta de sus acciones en BAVARIA tuvo MERCEDES RINCÓN, lo que es correlativamente indicativo de la independencia y confianza de la que gozaba OLGHER RIVERA en la gestión de tales valores.

Así, en el acta de la Inspección de Policía de Pamplona realizada el 14 de marzo de 2008, MERCEDES RINCÓN dijo que su apoderada indagó a OLGHER RIVERA *“dónde está invertido ese dinero”*, refiriéndose (según el mismo libelo), a los \$ 286.880.021,20, monto total recibido por la venta de las acciones de BAVARIA. También en la conciliación realizada el 25 de junio del mismo año, ANA MERCEDES RINCÓN manifestó que *“yo quiero que me dé lo mío las acciones que el señor vendió y se apropió de ellas, no me ha rendido cuentas ni nada y son doscientos cuarenta millones (\$240.000.000,00) fuera de los intereses”*<sup>36</sup>, demostrando lo anterior hasta qué punto ésta se había desprendido de la administración de sus recursos y con cuánta libertad gozaba el Acusado para mover el dinero a su arbitrio.

Incluso, en la denuncia penal radicada el 17 de abril de 2008, refirió MERCEDES RINCÓN que transcurridos dos años desde la vinculación con HELM, OLGHER RIVERA *“nunca me informó de mi dinero”*, por lo que su apoderada tuvo que realizar *“investigaciones preliminares”* ante esta Compañía para establecer el paradero del dinero, el que, obviamente, aquélla desconocía.

En sentencia SP2794 de 2021, en un caso en el que mediando poder un abogado se apropió de parte de dineros que se le entregaron con destino a su cliente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia hizo eco de su precedente y aleccionó respecto al abuso de confianza y su relación con el contrato de mandato:

---

*gestión, si no periódicamente, sí al terminar el encargo. (Art. 2181 C.C.)*. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia SC1644 de 2022.

<sup>36</sup> Archivo 018, ibid.

(...) cabe entender que son títulos no traslaticios de dominio los que por su naturaleza no lo transfieren.

Dentro de este orden de ideas, es lógico concluir, que la expresión 'título no traslativo de dominio' que usa el actual Código Penal o 'título no traslaticio de dominio' que usaba el Código Penal anterior no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia de que trata el artículo 775 del Código Civil.

(...)

Basta leer la definición de esta norma para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño.

(...)

**La circunstancia de que el artículo 775 del Código Civil al enunciar titulares de mera tenencia, no cite lo concerniente con el mandato, no significa ni mucho menos que no se trate de un título de mera tenencia, ya que son ejemplos didácticos dentro de la redacción propia del Código Civil y no enunciaciones taxativas.**

Debe pues quedar muy claro que tanto el mandatario comercial, civil, como el factor, actúan como meros tenedores de la cosa. (CSJ SP, 19 jul. 1988, rad. 1643. Gaceta Judicial Tomo CXXIII, número 2432, páginas 61 a 64).

(...) la tenencia fiduciaria o recepción de la cosa por un acto de confianza o título no traslativo de propiedad, más allá de la configuración de un componente de tipicidad del abuso de confianza, lógicamente constituye más intensamente un presupuesto de la misma. La entrega del objeto por parte del dueño al tenedor, por ser voluntaria y estar mediada por un acto de confianza lícitamente acordado entre las partes, no puede tener aún trazas de infracción punible, (...).

(...) la ilicitud asoma en el momento en que se hace una manifestación de conducta posterior a dicha tenencia fiduciaria, que consiste en no devolver la cosa confiada y apropiarse consecuentemente. (...). (CSJ AP, 18 feb. 1998, rad. 13982. Gaceta Judicial Tomo CCLIV, número 2493, páginas 378 a 380).

(...) en el abuso de confianza existe un poder o vínculo jurídico con el objeto, el título no traslativo de dominio, que implica la obligación de restituir la cosa confiada o entregada al sujeto (...). (CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 33173).

(...) Dadas las formas de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico del patrimonio económico que aparejan diversas respuestas punitivas atendiendo la gravedad, modalidad e intensidad del ataque, el legislador establece disímiles estructuras ópticas que configuran los verbos rectores, apropiación para el abuso de confianza; apoderamiento en el caso del hurto; la coacción en la extorsión; engaño en la estafa, etc.

Por eso, la acción de apropiación que identifica al delito de abuso de confianza es aquella conducta que recae sobre bienes que han entrado a la órbita de tenencia del sujeto por un título precario o no traslativo de dominio, lo cual implica la necesaria entrega de la cosa mueble por parte del titular al agente, saliendo así la misma de manera voluntaria de su esfera de custodia y vigilancia.

Esa modalidad que estructura el abuso de confianza difiere de otras conductas, como, por ejemplo, del hurto en el cual no hay una relación jurídica previa de carácter posesorio con los bienes, por ello en aquel ilícito la apropiación está determinada por un marco jurídico al surgir como consecuencia de la entrega en confianza de un bien que se recibe a título no traslativo de dominio (...). (CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 32920).

El abuso de confianza participa en términos generales de la misma clasificación normativa; sin embargo, el agente conserva su calidad típica dentro de un plus nominal de naturaleza civil como el ser administrador o depositario del bien; en tanto, siempre será indispensable que se confíe la mera tenencia de la cosa mueble ajena apropiada, con la cual se consume el injusto en estudio; luego, el elemento normativo se identifica con el título no traslativo de dominio, el cual expresa que el depositario, por ejemplo, siempre interviene sobre el bien, sin ánimo de señor y dueño, por cuanto, no se realiza la transmisión de derechos a ningún título jurídico. (CSJ SP, 24 feb. 2011, rad. 33097).

(...) la acción se cumplió sobre el dinero fruto de los arrendamientos de aquellos locales, el cual se reputa mueble y por tanto era posible deducir el delito de abuso de confianza.

(...)

En esa medida, es oportuno recordar que confiar es distinto a entregar, pues lo primero alude al hecho de que se pone bajo la tutela o custodia del sujeto agente el bien mueble, en tanto que la entrega supone la transferencia material de la cosa a dicho sujeto. De allí que, frente al caso particular, resulte acertado predicar que como al inculcado se le confió la administración de la cosa (dinero) y se la apropió, por tanto, se configuró el delito de abuso de confianza. (CSJ AP, 22 oct. 2014, rad. 42885).

En la decisión en cita, concluyó la Alta Corporación:

Para el presente caso tiene importancia resaltar que, conforme a los pronunciamientos reseñados: (i) el dinero se reputa cosa mueble susceptible de apropiación; (ii) a la realización de esa conducta debe preceder la existencia de un título no traslativo de dominio en virtud del cual la cosa haya sido entregada o confiada; y, (iii) uno de tales títulos de mera tenencia es el mandato, ya que, como lo expresó la Sala de Casación Civil, con criterio que conserva vigencia:

*(...) El simple y sencillo mandato del acreedor comunicado al deudor para que determinada persona reciba el pago, no inviste al*

*mandatario de facultades administrativas y menos aún dispositivas sobre los efectos o dineros percibidos en el desempeño del encargo basado esencialmente en la confianza, que ha de cumplirse de buena fe, con la diligencia y cuidado de un buen padre de familia.* (CSJ SC, 16 feb. 1960. Gaceta Judicial N°2221 y 2222).

Debe recordarse que a veces del artículo 2149 CC el contrato de mandato no tiene naturaleza solemne<sup>37</sup>, y que, como se vio, sostiene la Corte Suprema de Justicia que tal puede estar constituido por el “*mandato del acreedor comunicado al deudor para que determinada persona reciba el pago*”.

A juicio de esta Corporación y de acuerdo con lo expuesto, la autorización “*para impartir órdenes firmar y recibir títulos o cheques*”, tuvo el carácter de mandato, y por ello, de título no traslativo de dominio, el cual HELMS acató (sin que se haya cuestionado el por qué la entidad financiera giró los cheques al Acusado), y sin que tampoco se pierda de vista que el cheque según el artículo 717 del Código de Comercio es un medio de pago, sustituto de la moneda<sup>38</sup>, lo que enfatiza la autonomía que tenía el Acusado para el manejo de los bienes.

Con base en lo anterior, se concluye que la conducta penal que se adecuaba al proceder del Acusado no era la de hurto agravado por la confianza y la cuantía, sino la de abuso de confianza agravado por la cuantía.

6.- De acuerdo con el principio de estricta legalidad<sup>39</sup>, el cual tiene una utilidad política de determinación previa y clara de las conductas prohibidas<sup>40</sup>, el

<sup>37</sup> “El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra”

<sup>38</sup> “Lo anterior, por cuanto, si se reconoce que el cheque es un título pagadero a la vista, como lo dispone el artículo 717 del Código de Comercio, es decir, es esencialmente un instrumento de pago y no un medio de crédito, su destino no es otro que circular como un sustituto de la moneda, por tanto, requiere de la provisión de fondos desde el mismo momento de su creación o transferencia, como lo señalara la Corte Suprema de Justicia al estudiar la constitucionalidad de esta norma (CSJ SC 16 oct. 1975)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP14967 de 2016.

<sup>39</sup> “Es bien sabido que en materia de delitos, el principio de legalidad tiene dos connotaciones, a saber: i) en sentido amplio, se le conoce como principio de reserva legal, y consiste en que es atribución exclusiva del legislador la de definir previamente los hechos punibles, y ii) en sentido estricto, se traduce en el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual las conductas punibles deben ser no sólo previamente, **sino taxativa e inequívocamente definidas en la ley, de manera que la labor del Juez Penal se reduzca a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta prevista por el órgano legislativo.**

En tales condiciones, el principio de legalidad se erige en una de las principales conquistas del constitucionalismo moderno, toda vez que **garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, al permitirles conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas privativas de la libertad o de otra naturaleza, a la vez que constituye un límite a toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas; con lo cual es factible concluir que este principio salvaguarda la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP 7633 de 2016.

<sup>40</sup> Es bien sabido que en materia de delitos, el principio de legalidad tiene dos connotaciones, a saber: i) en sentido amplio, se le conoce como principio de reserva legal, y consiste en que es atribución exclusiva del legislador la de definir previamente los hechos punibles, y ii) en sentido estricto, se traduce en el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual las conductas punibles deben ser no sólo previamente, **sino taxativa e inequívocamente definidas en la ley, de manera que la labor del Juez Penal se reduzca a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta prevista por el órgano legislativo.**

En tales condiciones, el principio de legalidad se erige en una de las principales conquistas del constitucionalismo moderno, toda vez que **garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, al permitirles conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas privativas de la libertad o de otra naturaleza, a la vez que constituye un límite a**

fenómeno delictual aquí acusado debe tipificarse como abuso de confianza agravado por la cuantía, lo que, merced a la antigüedad de la actuación, implica determinar si a la luz de la adecuación que le corresponde aún subsiste la acción penal.

El delito de abuso de confianza consignado en el artículo 249 CP tenía para el **27 de agosto de 2007**, cuando se realizó la conducta acusada, adscrita una pena de prisión de entre **1 a 4 años**, dado que, como se vio, el aumento de penas establecido por la Ley 890 de 2004 no es aplicable a los delitos tramitados bajo la ley 600 de 2000.

A tal penalidad, **1 a 4 años**, debería imponérsele un aumento del 50%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267, numeral 1 del CP, por ser lo apropiado, \$50.000.000,00, superior a 100 smlmv, puesto que tal asignación laboral equivalía en el año 2007 a \$433.700,00, lo que arrojaría una pena de prisión máxima imponible de **6 años**, es decir, que la Resolución de Acusación debería haber cobrado ejecutoria antes del **27 de agosto de 2013**.

Excediendo tal plazo máximo, tenemos que la resolución de acusación cobró ejecutoria fue el **23 de noviembre de 2018**, cuando por ser proferida en segunda instancia contra ella no procedía recurso alguno.

Verificado objetivamente que la Resolución de Acusación se expidió más de cinco años después del fenecimiento de la acción penal, no puede la judicatura proferir decisión distinta a la de declarar la prescripción de la acción penal.

Los argumentos expuestos respecto a la tipificabilidad de la conducta perpetrada el 27 de agosto de 2007 son totalmente aplicables a la idéntica y más antigua realizada el 24 de marzo de 2006, pero, respecto de ésta, habiéndose constatado la prescripción de la acción penal respecto del delito de HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA Y LA CUANTÍA, resultaría inocuo analizarla respecto al delito de ABUSO DE CONFIANZA AGRAVADO POR LA CUANTÍA, pues ésta tiene un término de fenecimiento apreciablemente más corto.

---

*toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas; con lo cual es factible concluir que este principio salvaguarda la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal".* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP 7633 de 2016.

Dado que se verificó que la prescripción de la acción penal se dio el 27 de agosto de 2013, hace más de diez años, en la fase a cargo de la Fiscalía General de la Nación según la Ley 600 de 2000, sin que en ello hubiese tenido injerencia la judicatura, y que por la antigüedad del trámite las eventuales acciones disciplinarias también pudieron haber caducado, no se compulsarán copias de la actuación, sin perjuicio de que los interesados pongan en conocimiento la situación ante las autoridades competentes, si así lo estiman conveniente<sup>41</sup>.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pamplona, administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** prescrita la acción penal derivada de los hechos por los que fue aquí procesado OLGIER ENRIQUE RIVERA RINCÓN, y en consecuencia, **CESAR EL PRESENTE PROCEDIMIENTO** a su favor.

Corresponde al juez de primera instancia cancelar los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento.

**SEGUNDO:** En contra de la presente decisión procede el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 205 y ss de la ley 600 de 2000.

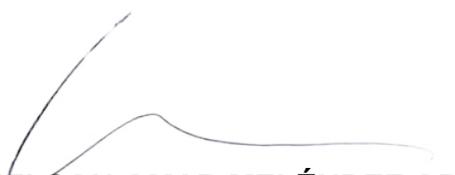
**TERCERO:** En firme esta decisión devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

Esta decisión se notifica en estrados y fue discutida y aprobada en sala realizada el 15 de noviembre de 2023.

---

<sup>41</sup> "... es preciso indicar que si el aquí convocante estima que alguno de los intervinientes incurrió en conductas disciplinarias y penales que deben averiguarse, y cuenta con los elementos y argumentos necesarios para sostener su denuncia, está facultado para radicar en forma directa la noticia criminal o sancionatoria respectiva, haciéndose por supuesto responsable de su gestión y consecuencias. Sobre el punto ha dicho la Sala: 'En relación a la petición de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, el peticionario queda en plena libertad de formular la correspondiente denuncia penal toda vez que no se cuentan con los elementos de juicio para determinar la existencia de un delito...' (CSJ STC13871-2016 y STC14669-2016)", citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC10550 de 2022.

**CÓPIESE Y DEVUÉLVASE**



**NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**  
**Magistrado**

**JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO**  
**Magistrado**  
(En permiso)



**JAIME ANDRÉS MEJÍA GOMEZ**  
**Magistrado**

**Firmado Por:**

**Nelson Omar Melendez Granados**

**Magistrado**

**Sala Unica**

**Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1c04bd76229ef89af99f716276259fc6fa888c8db743a33694f06b012344f43c**

Documento generado en 15/11/2023 04:02:57 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**