

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

Radicado No. 47324

Aprobado Acta No. 274

AP5800-2016

Bogotá, D. C., agosto treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante auto proferido el 17 de noviembre de 2015, resolvió negar la preclusión deprecada por la Fiscalía Segunda Delegada ante esa Corporación, a favor de JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY, exjuez Único Civil del Circuito de Fundación (Magdalena).

El representante del ente acusador inconforme con esa decisión, presentó recurso de apelación en su contra.

HECHOS

El 8 de febrero de 1999, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero impetró demanda ejecutiva mixta con garantía hipotecaria en contra de la Asociación de Productores Campesinos Organizados -ASOPROCAMPO-, correspondiendo el conocimiento de ese libelo a VÍCTOR DE JESÚS PÉREZ FONTALVO, quien desempeñándose como titular del Juzgado Único Civil del Circuito de Fundación-Magdalena, libró

mandamiento de pago¹ y ordenó la inscripción del embargo del predio hipotecado en la matrícula inmobiliaria, lo cual se realizó el 11 de marzo de 1999; seguidamente, decretó el avalúo y remate del bien inmueble rural denominado «Venecia»², ubicado en el municipio de Pivijay, de propiedad de ASOPROCAMPO, y ordenó practicar la liquidación del crédito conforme a la información aportada por la entidad demandante.

El proceso se mantuvo en ese estado por varios años hasta que en el año 2009, cuando fungía como Juez Único Civil del Circuito de Fundación el aquí indiciado, JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY, el 20 de marzo de 2009, impartió conformidad al avalúo del inmueble por la suma de trescientos catorce millones cuatrocientos noventa y tres mil pesos (\$314.493.000) y señaló fecha para llevar a cabo la diligencia de remate de ese bien.

El 30 de abril de ese año aprobó la cesión del crédito a favor de JOAQUÍN CAMILO GUTIÉRREZ CABALLERO, quien a partir de ese momento figuró como su titular.

En el interregno se inscribieron en la matrícula inmobiliaria del bien en litigio, sendas demandas de pertenencia así:

* Octubre 22 de 2009; demandante Hernando Hernández Rodríguez.

* Febrero 25 de 2010; demandante Rafael Pertuz Sámpet.

* Marzo 2 de 2010; demandante José de Jesús Samper Candanoza.

* Marzo 29 de 2010; demandante Reinaldo de la Valle.

Meses después, los demandantes referidos obtuvieron sentencia de fecha 4 de

octubre de 2010 en la que se declaraba la pertenencia de cada uno sobre una parte del bien objeto del proceso hipotecario, decisión que fue inscrita por separado en la matrícula inmobiliaria, según el beneficiario (Hernando Hernández Rodríguez, Rafael Pertuz Samper, José de Jesús Samper Candanoza, Reinaldo de la Valle).

Con posterioridad a estas anotaciones, el 12 de octubre de 2010, se registraron otras inscripciones de demanda de pertenencia a favor de Omar Mojica Avendaño, Angel Tobias Medina Benavides, Rafael Antonio Crespo Cabarcas, Augusto Gutiérrez Polo y Carmelo Moreli Zabaraín.

Entretanto, el 12 de noviembre de ese año, en el proceso ejecutivo hipotecario, el juez investigado realizó la diligencia de remate en la que se pronunció sobre una solicitud de nulidad invocada por el abogado de Hernando Hernández Rodríguez, Rafael Pertuz Samper, José de Jesús Samper Candanoza y Reinaldo de la Valle, negando la misma al considerar que estas personas no ostentaban la calidad de parte dentro de tal actuación, además porque la petición invalidatoria resultaba inoportuna, a lo que añadió:

«Esta diligencia solo admite que sea atacada por aspectos de índole procesal atañaderos (sic) exclusivamente con la ritualidad propia del remate, quiere esta dependencia judicial y que se deriva del escrito que hoy es análisis de esta diligencia, ponerle de presente al procurador general de los solicitantes el contenido del artículo 2493 del C.C., que narra o predica las preferencias que son solo el privilegio y la hipoteca.

Esta causa de preferencia son inherentes (sic) a los créditos para cuya seguridad se han establecido y pasan con ello a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera, quiere decir lo anterior que en lo concerniente a las escrituras públicas debidamente matriculadas en la Oficina de Instrumentos Públicos de Ciénaga Magdalena, que contienen las sentencias de pertenencia de los predios que hacen parte del inmueble que se remata en este proceso en el día de hoy, se ordena que con base en la norma acabada de transcribir ello no los exonera de ser rematados si se

tiene en cuenta que la norma acabada de relacionar ordena que el privilegio y la hipoteca son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido y pasan con ello a todas las personas que lo adquieran por cesión, subrogación o de otra manera. Como puede colegirse o corroborarse los predios que se prescribieron hacen parte del inmueble que se remata y por ende serán entregados a la persona que resulta favorecida en esta subasta».

Contra esta determinación el abogado de los peticionarios usucapiantes, interpuso recurso de apelación, el cual fue negado por el juez al considerar que éstos no eran parte en el proceso y recabó en lo siguiente:

«Se sostiene esta dependencia judicial en lo concerniente a los lineamientos demarcados por el artículo 2493 del C.C., en lo atinente a los privilegios y a la seguridad que brinda a los predios que se encuentren debidamente hipotecados, embargados y secuestrados, lo que sucede en el caso dado por los prescribientes que están y seguirán estando atados por la medida que se deriva de dicha norma, la cual culmina en el caso de autos con el remate de los mismos, sea cual sea la figura jurídica con que se adquieren, por otra parte el juzgado sigue sentando la tesis de que no es momento adecuado para dilucidar las nulidades...»

La diligencia de remate concluyó ese día con la adjudicación del bien a favor del titular del crédito JOAQUIN CAMILO GUTIÉRREZ CABALLERO, por ser el único oferente.

El 22 de noviembre de 2010, el funcionario judicial emitió auto de aprobación de remate, citando como sustento nuevamente el artículo 2493 del C.C., y con base en dicha norma fundar la orden que emitió en el siguiente sentido: «cancélense las anotaciones posteriores a la numero 06 del 11 de marzo de 1999, así mismo, si se han abierto otros folios de matrícula accesorios al principal No. 222-19021 de la oficina de instrumentos públicos de Ciénaga, proceda a cancelarlos»³.

La orden del juez civil se hizo efectiva el 6 de diciembre de 2010, mediante su inscripción en esa fecha en el certificado de libertad del predio rematado a favor de JOAQUIN CAMILO GUTIÉRREZ Caballero, con la que se cancelaron las anotaciones relativas a inscripciones de demandas de pertenencia y sentencias que la declaraban.

Aun después de esta última anotación, se siguieron inscribiendo demandas y fallos de dicha naturaleza.

Al solicitar la preclusión, la Fiscalía enmarcó los hechos materia de indagación en un posible prevaricato por acción, derivado de (i) la orden judicial proferida por el juez BARRENECHE ZAWADY mediante la cual aceptó la cesión del crédito a nombre de JOAQUIN CAMILO GUTIÉRREZ Caballero; (ii) el auto aprobatorio del remate; y (iii) aquella que dispuso la cancelación de las anotaciones relativas a las sentencias de pertenencia y demandas del mismo tipo que se hicieron figurar en la matrícula inmobiliaria con posterioridad a la inscripción del embargo hipotecario.

ACTUACIÓN PROCESAL Y SUSTENTO DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

1. Ante la presunta irregularidad de las órdenes impartidas por el Juez Civil del Circuito de Fundación Vilas CABALLERO POLO, quien dice actuar en representación de ASOPROCAMPO, y HERNANDO RAFAEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, presentaron el 31 de octubre y 11 de noviembre de 2011, respectivamente, denuncia contra el Juez JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY.

1. La Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Marta, luego de

adelantar la respectiva indagación por los hechos denunciados, el 6 de julio de 2015, radicó solicitud de preclusión a favor del citado funcionario judicial al amparo de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

2. El 30 de septiembre de 2015 se realizó la audiencia con tal fin, a la cual asistieron los apoderados de los denunciantes, el indiciado, su defensor y el delegado del ente investigador. Durante la vista pública, la Fiscalía afirmó que al analizar los elementos materiales probatorios recolectados durante la fase de indagación, evidenció la ausencia del ingrediente normativo exigido por el tipo penal de prevaricato por acción, esto es, el contenido en la expresión manifiestamente contraria a la ley, dado que las decisiones proferidas por el funcionario investigado se encuentran acordes con el ordenamiento jurídico.

Agregó que el Juez BARRENECHE ZAWADY fundó en el artículo 2493 del Código Civil, la orden de cancelación de las anotaciones de los folios de matrícula inmobiliaria efectuadas con posterioridad a la número 06 del 11 de marzo de 1999, así como la de los folios que se hubieran abierto accesorios al principal, en concordancia con los artículos 49 y 50 del Decreto 1250 de 1970, al estimar que la garantía real (hipoteca) prevalecía sobre otros derechos, razones que en sentir del acusador no son «descabelladas».

4. En auto proferido el 17 de noviembre de 2015, la Corporación de instancia negó la solicitud de preclusión deprecada por la Fiscalía. Decisión contra la que dicha parte procesal presentó recurso de apelación que ahora la Sala procede a resolver.

AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal consideró que la causal de preclusión invocada no se configura, por lo que el ente acusador debe seguir adelantando las pesquisas, toda vez que advirtió una serie de posibles decisiones ilícitas proferidas por el juez BARRENECHE ZAWADY

y de quienes le antecedieron como titulares del Juzgado Único Civil del Circuito de Fundación (Magdalena), las cuales considera, deben analizarse en conjunto, esto es, incluyendo el contenido del expediente de dicho trámite, con el objeto de establecer si el fin de dichos proveídos irregulares era el de impedir a la parte demandada -ASOPROCAMPO- ejercer su derecho al debido proceso.

El Tribunal hace una serie de consideraciones respecto de varias de las actuaciones del juez investigado en desarrollo del proceso ejecutivo hipotecario. Es así que al referirse al auto proferido el 30 de enero de 2009, mediante el cual el aquí indiciado ordenó emplazar a ASOPROCAMPO, concluye que es manifiestamente contrario a la ley, toda vez que se desconoció el tenor del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, en el entendido que dicho precepto reglamenta el trámite de la notificación por aviso, procedimiento que se debió llevar a cabo en ese asunto, toda vez que se conocía la dirección de la entidad accionada, pues esta aparecía relacionada tanto en el texto de la demanda como en la respuesta a dicho libelo.

Así mismo, juzgó que los proveídos del 12 y 26 de febrero de 2010, mediante los cuales el Juez Único Civil de Circuito de Fundación desestimó la legalidad del acta de la junta directiva de ASOPROCAMPO, son manifiestamente contrarios al mandato previsto en los artículos 189 y 191 del Código de Comercio, el cual prescribe que dicho documento (acta) será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas.

Respecto a dichas decisiones el a quo, sugirió la configuración de un tipo penal distinto al de prevaricato.

Igualmente, estimó que los autos del 24 marzo y 26 de abril y 18 de junio de 2010, «vulneran el derecho de prelación y defensa de la parte demandada», transgrediendo el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, que trata sobre las causales de interrupción del proceso; pues mediante el primero de los mencionados

proveídos no se «aceptó la sustitución del poder especial» otorgado por el curador ad litem al doctor MONSALVO RANGEL; mientras que con la segunda decisión, se reiteró que «las funciones de dicho auxiliar terminaron una vez guardó silencio cuando se notificó de [tales] cesiones»; y, por último, se resuelve «no oír» a la nueva representante legal de la entidad accionada «poniendo en tela de juicio» el acta de la junta directiva aportada por ésta.

En el mismo sentido consideró prevaricadoras las conductas desarrolladas por el juez BARRENECHE ZAWADY al momento de emitir los autos del 4 de diciembre del 2009 y del 26 de abril de 2010, dado que mediante éstos se procedió a dar traslado de la liquidación y adición del crédito a la entidad accionada, contrariando lo dispuesto en el artículo 521 de la legislación civil adjetiva, toda vez que la parte demandada no tenía posibilidad material de descorrer el traslado por no contar con representación de ningún sujeto procesal.

Finalmente, echó de menos dentro de los elementos materiales probatorios aducidos por el ente acusador, algún documento sobre la diligencia de secuestro llevada a cabo el 3 de mayo de 1999, en lo atinente a las oposiciones alegadas por ÁNGEL TOBIAS MEDINA BENAVIDES, ÁLVARO PERTUZ SAMPER y OLMEDO PERTUZ, poseedores del inmueble «Venecia», razón por la que considera contrarias al artículo 686 del Código de Procedimiento Civil todas aquellas órdenes de cancelación de las anotaciones que tuviera dicho bien en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Ciénaga-Magdalena, las cuales fueron impartidas por el Juez BARRENECHE ZAWADY pretextando «la necesidad de entregar el predio rural sin gravamen»⁴.

En lo atiente al tipo subjetivo, la Corporación de instancia infiere la existencia del elemento doloso en el comportamiento del indiciado, a partir de las múltiples decisiones que éste profirió para impedir que la parte demandada estuviera representada, y a pesar

de tal carencia decidió «tramitar el remate y adjudicación del predio rural »⁵

El a quo concluyó la improcedencia de la preclusión solicitada por la Fiscalía, tras considerar que las decisiones que emitió el juez JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY en el proceso ejecutivo que se adelantó contra la Asociación de Productores Campesinos Organizados -ASOPROCAMPO-, son abiertamente desconocedoras del ordenamiento jurídico.

LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior de Santa Marta, recurrente, insiste en que no se configuran los elementos objetivos estructurales que exige el tipo penal de prevaricato por acción, ni mucho menos puede inferirse la existencia de una conducta dolosa por parte del juez JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY.

Igualmente, alega que no le era dable al a quo rechazar su petición emitiendo juicios infundados o conjeturas, pues aun cuando pretende presentar sus razonamientos como «indicios» o «inferencias», lo cierto es que su estructura argumentativa carece de un «hecho indicador» cierto, demostrado o probado y, como consecuencia lógica, el «hecho indicado» no es más que la suma de múltiples supuestos.

En aras de fortalecer su inconformidad frente a la negativa de precluir la investigación, hace un recuento de todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo en el proceso civil, la mayor parte de ellas adelantadas por el Juez Civil del Circuito de Fundación (Magdalena) que antecedió al aquí indiciado, planteando serios cuestionamientos a la colusión que considera el a quo existió entre esos funcionarios judiciales, afirmando lo siguiente:

«Habiéndose surtido los estadios procesales dentro de la rigurosidad de la ley por parte del juez PÉREZ FONTALVO, no es posible predicar y dar como hecho probado y cierto,

como hecho indicador, que todo fue por razón a una colusión dirigida a expropiar a ASOPROCAMPO del predio rural, para a su vez adjudicarlo a terceras personas por la extensión y explotación de palma, cuando no hay prueba de ello, ya que en la misma contestación de la demanda, en el hecho séptimo, se afirma que “los campesinos recibieron unos terrenos totalmente enmontañados sin la estructura correspondiente para su explotación...”. Partiendo de esta última afirmación la Sala no podía darle la categoría de indicios a unos hechos que se ajustaron a la ley, y de los que no tiene la más mínima prueba para afirmar... que tenían un fin ilícito... el juez JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY, hoy indiciado, quien solo se posesionó como tal en el Juzgado Civil del Circuito de Fundación el 20 de julio de 2007, sin siquiera conocer de la existencia del proceso y, en consecuencia, no podía tener interés en el mismo, por cuanto no existe prueba de que trabajó en el mismo juzgado o en la misma ciudad.

(...)

Será Señores Magistrados que es posible afirmar, pese a la inexistencia de elemento material probatorio alguno, la ocurrencia de una colusión desde el principio del proceso, como lo insinúa el Tribunal, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido [entre] 1999 y 2007 cuando se posesiona el ahora indiciado. Y que además la cesión entre la Caja de Crédito y demás entidades y el particular ocurriera en el año 2008, no en 1999 cuando se tomaron las decisiones. La Fiscalía, con el debido respeto, no lo cree. Pues si de colusión se trataba, como se afirma, desde un principio el Juez VÍCTOR de JESÚS PÉREZ FONTALVO muy seguramente habría terminado el proceso para recoger los frutos de lo que había cosechado, y no dejarlo al transcurso del tiempo y a la voluntad de otra persona, ya que fue él, y únicamente él, quien libró el mandamiento de pago, la sentencia y aprobó la liquidación del crédito, admitió la renuncia de la abogada que representaba la entidad demandada y ordenó comunicar ello. No fue el ahora indiciado, quien encontró un proceso con sentencia y que debía continuar, cuando incluso hubo otro Juez con anterioridad al Juez BARRENECHE. Y es que incluso el proceso estuvo

paralizado desde 1999 hasta el año 2008, cuando concurren al proceso a presentar escritos sobre la cesión del crédito. Parálisis que muy seguramente se debió a la desidia con que se defienden las entidades del Estado y no porque se estuviera esperando a la otra persona que debía continuar con la obra iniciada desde tantos años atrás». (Subrayas nuestras).

De esa manera, concluye el impugnante que no es posible endilgar la comisión del delito de prevaricato por acción a quien no tenía dominio del hecho, pues las decisiones censuradas por el Tribunal fueron proferidas por el juez VÍCTOR de JESUS PÉREZ FONTALVO, quien antecedió en la titularidad del Juzgado Único Civil del Circuito de Fundación a JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY.

Por esa misma vía argumentativa, le reprocha a la judicatura presumir la existencia de un interés ilícito o un querer delictivo por parte del aquí indiciado, pues éste al momento de posesionarse, desconocía tanto las partes procesales como el objeto de la litis.

Seguidamente, enuncia en detalle cada una de las decisiones proferidas por el juez BARRENECHE ZAWADY al interior del proceso civil que se tramitó contra ASOPROCAMPO a instancia de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, explicando las razones por las cuales es dable concluir que todas esas providencias tienen sustento en el Código Civil, el Código Procesal Civil y el Código de Comercio. Verbigracia, argumentó que resultaba más garantista emplazar a la parte demandada que notificarla por aviso, toda vez que la dirección que se consignó en la demanda como en la contestación de la misma fue la del domicilio del representante legal de ese momento, quien falleció tiempo después y, por tanto, se desconocía ese importante dato para el momento en que debía comunicarse la cesión del crédito que había realizado la parte demandante.

De esa forma solicitó la revocatoria de la decisión impugnada y en su lugar, se proceda a

decretar la preclusión de la presente investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el representante del ente acusador contra el auto por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta negó la solicitud de preclusión de la investigación por él deprecada a favor del indiciado JAIRO ALFREDO BARRENECHE ZAWADY.

2. Lo primero que advierte la Sala es que el Tribunal desbordó el ámbito del estudio fijado por la Fiscalía al solicitar la preclusión, oportunidad en la que precisó los hechos materia de investigación, ya que el a quo se adentró en el análisis de varias de las decisiones adoptadas por el juez investigado, incluso algunas emitidas por funcionarios que lo antecedieron en el cargo, haciendo un control de legalidad sobre el proceso ejecutivo hipotecario como si fuera el juez de instancia civil, sin tener en cuenta que el acusador concretó el soporte fáctico del presunto delito de prevaricato por acción a las siguientes decisiones: (i) aprobación de la cesión del crédito, (ii) la aprobación del remate y (iii) la orden que dispuso de cancelar los registros inscritos en la matrícula inmobiliaria del predio con posterioridad a la anotación del embargo hipotecario realizada el 11 de marzo de 1999, las cuales se referían a inscripciones de demandas de pertenencia y sentencias que declaraban la misma.

En tal medida, el estudio que corresponde ahora abordar a la Corte como juez de segunda instancia, se circunscribirá a verificar si respecto de esas tres decisiones judiciales que los denunciante califican de prevaricadoras, concurre la causal de preclusión alegada -atipicidad de la conducta- y, en tal medida, avalar o refutar los argumentos que sobre el particular expuso el Tribunal Superior de Santa Marta para negar

la preclusión.

La intervención del juez Barreneche Zawady en lo que interesa a los hechos penalmente relevantes que se le atribuyen, se remonta al 5 de diciembre de 2008, fecha en la que se radicó un memorial suscrito por el apoderado de la Caja Agraria (demandante en el proceso ejecutivo hipotecario contra ASOPROCAMBPO) en el que manifiesta que su poderdante cedía los derechos del crédito en litigio a la COMPAÑÍA DE GERENCIAMIENTO DE ACTIVOS LTDA., y ésta, a su vez, al señor JOAQUÍN CAMILO GUTIERRÉZ CABALLERO⁶.

La mencionada solicitud de cesión fue resuelta por el aquí indiciado mediante auto del 30 de abril de 2009, disponiendo: «emplaz[ar] a la ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES CAMPESINOS ORGANIZADOS “ASOPROCAMPO” para notificar a su representante» de esa enajenación, dado que quien fungía como tal desde la iniciación del proceso, había fallecido. Indicó en su decisión el juez procesado:

«Para proceder a decidir sobre las anteriores cesiones, se requiere la notificación de la asociación ejecutada en este asunto, como quiera que se allegó al plenario, certificación emanada de la Fiscalía Seccional de esta ciudad, donde se nos informa sobre la muerte del representante legal de la demandada en este asunto Asociación de Productores Campesinos Organizados (ASOPROCAMPO).

Por otra parte, se nos informa por parte de la Alcaldía de este municipio que en esa dependencia, no reposa ningún tipo de documento correspondiente o relacionado con la Asociación “ASOPROCAMPO”.

Ello nos lleva a la conclusión de que debe darse aplicación al art. 30 de la Ley 794 del 8 de enero del 2003, en el que reza...»⁷.

El emplazamiento, se cumplió a través de las publicaciones realizadas en los periódicos «EL TIEMPO y HOY DIARIO DEL MAGDALENA», junto con el certificado de radiodifusión en «la emisora IMPACTO STEREO».

Seguidamente, en auto del 20 de marzo de 2009 el Juez BARRENECHE ZAWADY designó curador ad litem, quien a nombre de ASOPROCAMPO se notificó personalmente de la cesión del crédito.

El proceso continuó su curso y luego de escuchar en declaración a las personas que se opusieron a la diligencia de secuestro del bien inmueble, -OLMEDO RAFAEL PERTUZ SAMPER, ALVARO PERTUZ SAMPER y ÁNGEL TOBIAS MEDINA BENAVIDEZ quienes alegaban ser poseedores- en auto de 4 de diciembre de 2009 negó sus oposiciones por considerarlas infundadas, toda vez que no adujeron elemento suasorio alguno en sustento de sus afirmaciones⁸.

Finalmente, el 12 de noviembre de 2010 se realizó la diligencia de remate del inmueble embargado, secuestrado y avaluado de propiedad de la demandada ASOPROCAMPO, por la cantidad de doscientos cincuenta millones de pesos (\$250.000.000.00) o sea más del setenta por ciento (70%) del avalúo, luego de presentarse como único postor el ejecutante JOAQUÍN CAMILO GUTIÉRREZ CABALLERO, a quien por ese valor se le hizo la adjudicación.

El 22 de noviembre de 2010, el Juez Barreneche Zawady profirió auto en el que resolvió: a) aprobar el remate del inmueble materia de la subasta, esto es, el predio rural denominado «Venecia»; b) cancelar el gravamen hipotecario que pesaba sobre el bien raíz adjudicado y rematado; c) librar el oficio pertinente al Registrador de Instrumentos Públicos de Fundación para que inscribiera la cancelación del embargo del predio objeto de remate; d) cancelar las anotaciones posteriores a la número 06 del 11 de marzo de 1999; y, e) entregar del bien inmueble por parte

del secuestre al rematante.

El anterior recuento procesal permite advertir cuáles son las decisiones que supuestamente constituyen el delito de prevaricato por acción, respecto de las que corresponde hacer el estudio de tipicidad en su faz objetiva, por ser la presunta ausencia de ésta lo que sustenta la causal de preclusión alegada por la Fiscalía, pues en su opinión las decisiones cuestionadas del juez investigado se ajustan a las normas sustantivas y procesales civiles, a saber: el artículo 30 de la Ley 794, modificatorio del artículo 318 numeral 5º del C.P.C., en lo relativo a la cesión del crédito litigioso; y artículo 2493 del Código Civil, en lo que atañe a la cancelación de las inscripciones de declaración y demandas de pertenencia posteriores a la anotación del embargo hipotecario, reiterando además la legalidad de la aprobación del remate.

2.1 Así las cosas, respecto de la decisión por cuyo medio se aprobó la cesión del crédito a partir del emplazamiento de la parte deudora, esto es ASOPROCAMPO, encuentra la Sala que se compadece con los presupuestos previstos en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, norma que se ubica en el capítulo relativo a las notificaciones y regula lo concerniente al emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente, ya que era una alternativa útil y eficaz para enterar a la demandada del acto negocial que había realizado su acreedor y demandante.

Lo anterior, si en cuenta se tiene que ASOPROCAMPO no contaba para ese momento con representante legal ni apoderado judicial reconocidos en el proceso, ante el fallecimiento de aquel y por haber renunciado el abogado al poder conferido. También se suma que la alcaldía del municipio de Fundación-Magdalena, entidad encargada de reconocer personería jurídica a ese tipo de asociaciones, no suministró al juez BARRENECHE ZAWADY ningún dato sobre la existencia de aquella, pese a los requerimientos de éste en orden a obtener nueva información sobre sus actuales representantes y los posibles lugares de notificación.

De manera que el escenario en el que se encontraba el director del proceso estaba determinado por las siguientes circunstancias: (i) la demandante había cedido su crédito a una compañía y, esta a su vez, al señor JOAQUÍN CAMILO GUTIERRÉZ CABALLERO; (ii) ese acto negocial, para que tuviese efectos respecto del deudor, debía ser notificado a la asociación demandada, conforme a lo previsto en los artículos 19609 y 196110 del Código Civil; (iii) desde octubre de 1999 esa parte procesal (demandada) no tenía apoderado judicial¹¹ ni representante legal reconocido en el proceso desde el 1 de agosto de 2008; (iv) el lugar de notificaciones que se había registrado en la demanda y en la contestación de la misma era el predio «Venecia», esto es, el bien inmueble objeto de la litis, el cual se encontraba bajo la administración de un secuestre, esto es, un auxiliar de la justicia designado por el despacho judicial para otros fines distintos al de servir de vocero de la demandada para efectos de notificaciones; (v) la providencia en la que se resolvió la cesión de crédito, por su naturaleza, no hace parte de aquellas que el legislador dispuso en el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, deban ser notificadas personalmente¹²; (vi) en el asunto sub judice, se trataba de un proceso ejecutivo en curso en el que ya se había logrado vincular a la accionada, toda vez que el auto de mandamiento de pago le fue notificado personalmente, en el mes de abril de 1999, al señor GABRIEL ANTONIO SIERRA de LA ESPRIELLA, el entonces representante legal de ASOPROCAMPO.

Ante esa realidad, bien hubiera podido el juez BARRENECHE ZAWADY optar por notificar por estado a ASOPROCAMPO de la cesión del crédito que había realizado la Caja de Crédito Agrario, puesto que el artículo 1961 del Código Civil, regulatorio entre otros aspectos de dicho instituto jurídico no impone que se haga de manera personal. Véase:

ARTICULO 1961. FORMA DE NOTIFICACION. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.

Tal como lo afirmó el aquí indiciado en sus diferentes interrogatorios, su propósito como autoridad judicial de ese proceso ejecutivo mixto adelantado contra ASOPROCAMPO, era garantizarle a la demandada ser enterada del acto negocial realizado por el demandante -cesión del crédito-, informándole quien era su acreedor (en derecho sustancial) y contraparte (en términos procesales); por tal razón, debía optar por una de las alternativas o formas de notificación que brindara mayor utilidad y eficacia en ese evento, esto es, seleccionar la respuesta jurídica más eficaz para esas específicas circunstancias, que no era otra que el emplazamiento para dar publicidad al acto que no pudo ser notificado en forma personal.

Así lo narró el juez procesado en el interrogatorio que rindió el 2 de febrero de 2012:

«Quiero dejar constancia de que cuando se creó el Juzgado Civil Promiscuo del Circuito de Pivijay se mandó uno de los dos juzgados del circuito que estaban en Fundación y el Consejo Seccional de la Judicatura de Santa Marta dispuso que los procesos como este que tuvieran sentencia en firme se quedarían en Fundación[.] Si se tiene en cuenta que el domicilio de la demandada estaba en Pivijay, después nos enteramos que había muerto el representante legal de la demandada y una vez presentaron las cesiones del crédito al señor JOAQUIN CAMILO GUTIERRÉZ CABALLERO se ofició a la secretaría de gobierno del municipio de Fundación para que nos informara quién había reemplazado al gerente para notificarla [de] la cesión ya relacionada [.] Dicho documento aparece aportado al proceso. Dicho secretario de gobierno me informó que en esa dependencia ni en la alcaldía aparecía documentación alguna relacionada [con] ASOPROCAMPO [.] visto lo anterior y como lo ordena la ley [.] se designó el curador ad litem correspondiente para notificarlo de dicha cesión.» (Subrayas fuera del texto principal)

Fácil resulta advertir, que al hacer un análisis retrospectivo de la situación fáctica que debía resolver el Juez Barreneche Zawady, su orden de notificar a la demandada ASOPROCAMPO mediante emplazamiento resultaba ser la alternativa que más garantía

ofrecía para que esa asociación fuera enterada de la cesión del crédito que había realizado el demandante y, entonces, pudiese ejercer sus derechos.

Se reitera, la decisión de aprobar la cesión del crédito realizada por la Caja Agraria (demandante) no era un auto de aquellos que debiera notificarse personalmente a la parte demandada y, aun cuando hubiese sido su representante legal – que es lo que la norma dispone se le entere o se le comunique de esa forma, por tratarse de una persona jurídica- no iba a encontrarse en el domicilio registrado en el libelo como domicilio, pues había fallecido, y por la desidia de la parte demandada ningún dato o documento se había allegado al Juzgado Civil del Circuito de Fundación sobre quién había asumido la representación legal de la plurimencionada persona jurídica.

En otras palabras, la legislación civil no le exigía al juez BARRANECHE ZAWADY haber adelantado una notificación personal o por aviso del auto en el que se resolvía sobre la cesión de crédito, como lo pretende señalar el a quo, porque no se trataba de la primera providencia que se dictaba en ese proceso ejecutivo, ni mucho menos de la que declaraba su nulidad o la que lo revivía legalmente, tal como lo consagra el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, y menos aún resultaba eficaz la notificación por aviso cuando la dirección de contacto de la persona jurídica accionada señalada en la demanda como en su contestación, era la del predio rural «Venecia», esto es, el bien objeto de la litis, el cual estaba siendo administrado por un secuestre.

Por lo anterior, no advierte la Sala que la decisión del juez procesado al aprobar la cesión del crédito sea manifiestamente contraria a la ley.

2.2 Ahora bien, en lo atinente al auto del 22 de noviembre de 2010, mediante el cual el juez BARRANECHE ZAWADY aprobó el remate a pesar del pedido de nulidad deprecado por terceros usucapientes y además «ordenó cancelar las anotaciones

posteriores a la número 06 del 11 de marzo de 1999», cabe señalar que la primera determinación la sustentó en el hecho de que los peticionarios no eran parte en el proceso, en lo inoportuno de la solicitud y en otras consideraciones que se transcribieron páginas anteriores; la segunda, en el artículo 2493 del Código Civil, referido a la prevalencia de los créditos hipotecarios, lo cual le permitía darle prelación al título originado en la ejecución de esa obligación, frente a la declaración de pertenencia obtenida por terceros quienes a su vez ostentaban la calidad de socios de ASOPROCAMPO.

2.2.1 Frente a lo primero, esto es, si el juez investigado estaba facultado por la ley a aprobar y llevar a cabo el remate de un bien dado en garantía de un crédito hipotecario, pese a la existencia de procesos de pertenencia e incluso de su declaración a favor de terceros, tal interrogante corresponde ser despejado a partir de las normas que regulan el trámite especial para procesos ejecutivos con garantía hipotecaria o prendaria, valga decir, los artículos 554 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Dicho estatuto procedimental en el artículo 557, fija unas pautas específicas para la diligencia de remate en los procesos ejecutivos con garantía hipotecaria, y en su numeral primero remite a los artículos 523, 525 a 528, 529 en lo pertinente, y 530 de la misma reglamentación, mandatos regulatorios del remate en los procesos ejecutivos singulares.

Tales preceptos, en lo que interesa a este caso, no establecen prohibición alguna para que se apruebe el remate y se adjudique el bien en pública subasta aun existiendo títulos de propiedad o medidas cautelares inscritas en el certificado de matrícula inmobiliaria, cuya copia actualizada debe aportarse a la diligencia.

Las únicas razones que conllevan a la invalidez del remate, esto es, las causas que impiden su realización, están previstas en la ley, concretamente en el artículo 530 del

C.P.C., el cual establece que el incumplimiento de las formalidades indicadas en los artículos 523 a 528 o que esté pendiente el incidente de nulidad que establece el artículo 141 ibíd¹³

, conducen a su invalidez.

Es así que el artículo 523 del C.P.C señala que el remate se puede ordenar siempre que el bien haya sido embargado, secuestrado y avaluado. También que se encuentren resueltas cuestiones tales como, el levantamiento de embargos o secuestros, recursos contra autos que hayan decidido sobre desembargos o declarado que un bien es inembargable, al igual que se hayan citado otros acreedores hipotecarios o prendarios.

Para el presente caso se habían cumplido las formalidades exigidas por la ley para realizar y aprobar el remate, así como resuelto la oposición manifestada por las personas que para ese momento ya habían sido declarados propietarios del bien por sentencia judicial de pertenencia y, por tanto, en ninguna trasgresión del ordenamiento jurídico incurrió el juez Barreneche Zawady al aprobar el remate y adjudicar el bien al acreedor hipotecario, pese a la existencia de anotaciones en el registro inmobiliario que fueron posteriores a la inscripción del embargo hipotecario, que si bien afectaban la titularidad del derecho de dominio y constituían un título originario y no accesorio, como la hipoteca, no generaban efecto alguno respecto de la garantía real previamente constituida.

Al respecto la Sala de Casación Civil (CSJ SC 1º sep. 1995, rad. exp 4219 M.P. Héctor Marín Naranjo), mediante la cual se dejó sin efecto la decisión de un juez que al declarar la pertenencia sobre un predio, ordenó la cancelación de una hipoteca que pesaba sobre el inmueble, es decir, pese a los efectos erga omnes de la sentencia de pertenencia, la hipoteca no sufrió afectación:

En ese orden de ideas, como desarrollo lógico de lo precedentemente discurrido, surge

la consideración consistente en que la declaratoria de dominio por prescripción adquisitiva de un bien inmueble hecha en favor del poseedor material no está prevista en la ley como causa de extinción de la hipoteca que el poseedor inscrito del predio hubiese otorgado en favor de un tercero. (...)

V.- Por otra parte, no cabe la menor duda que en la posición del Tribunal jugó un papel preponderante el significado que, “implícitamente” como lo dice el recurrente, le atribuyó a los denominados efectos erga omnes del fallo que declare el dominio.

V. 1.- El ad-quem no pudo menos de haber entendido que por virtud de los efectos erga omnes de la declaratoria judicial de pertenencia, se extinguen los derechos reales, principales o accesorios, que terceros tengan en el bien.

Para evaluar la exactitud de semejante criterio, la Sala estima conveniente volver sobre los supuestos atrás vistos, en los que se produce la purga de la hipoteca.

Uno de tales casos se presenta cuando el tercero adquirió la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el Juez, a voces del inciso 2° de artículo 2452 del C. c. Esta norma encuentra su cabal desarrollo en el numeral 1° del artículo 530 del C de p. c., como que allí se dispone que en el auto aprobatorio del remate debe, disponerse “la cancelación de los gravámenes prendarios o hipotecarios que afecten el bien objeto del remate”, lo cual es como lo prescribe el precepto porque, de todas formas, el acreedor hipotecarlo debe ser citado a que haga valer sus derechos, conforme lo ordena el artículo 539 ib. Naturalmente, si no los hace valer, ha de atenerse a las consecuencias citadas.

(...)

Pero ocurre que nada de eso está previsto en el ordenamiento para el proceso de declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva. En este, la regla legal (parte final del numeral 5 del artículo 407 ib.) dice que “siempre que en el certificado -de

registro- figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella”, por lo que es diáfano que de tal exigencia encuéntrase excluidos los titulares de derechos reales accesorios, como es el de hipoteca.

¿Será ese, entonces, un vacío del precepto que debe ser llenado con Invocación del efecto erga omnes del fallo para deducir, por esta vía, que por virtud de dicho efecto si resulta Indispensable tal citación? ¿O, por el contrario, lo atinado será concluir que la norma es exacta tal como se encuentra concebida y que, en lo concerniente a los efectos erga omnes éstos no tienen la virtualidad de purgar la hipoteca? (...)

Si el referido es el alcance de los denominados efectos erga omnes del fallo de pertenencia, o sea, si lo que con él se quiere dar a comprender es que el derecho de propiedad ha quedado radicado en cabeza del prescribiente sin que tal atribución le pueda ser discutida en adelante por nadie, no es posible, bajo ningún respecto, pensar que dichos efectos, por serio en frente de todo el mundo, tienen la virtualidad de acarrear el arrasamiento de los derechos reales accesorios constituidos sobre el bien objeto de la declaratoria, conclusión que la Sala encuentra corroborada por el propio texto del ordinal 11 del artículo 407 del C. de P. C., cuando, a vuelta de establece.- que la sentencia que declare la pertenencia debe ser consultada y que “una vez en firme producirá efectos erga omnes”. dice que “el juez ordenará su inscripción en el competente registro”, lo que representa que ninguna otra cosa puede disponer el juez en cuanto al registro concierne, en particular la cancelación de otros derechos reales, distintos al de propiedad que resulte extinguido por causa de la declaratoria de dominio. (Resaltado fuera del texto original)

Y es que, finalmente, si la declaración de pertenencia tiene un propósito purificador de la propiedad, a fin de que se adecúe a la función social que le corresponde, dicho propósito debe enmarcarse dentro de lo que determine la propia ley, la cual, por lo

visto, nada dice en pro de la cancelación de la hipoteca que en este proceso pretendió el demandante como una consecuencia de la declaratoria de dominio también pedida por él. – Resaltado fuera de texto-

(...)

VI.- Como consecuencia de todo lo discurrido se colige que el Tribunal quebrantó los preceptos citados en el cargo, por lo que el fallo debe ser casado.

La regla establecida en la jurisprudencia citada ut supra, permite establecer que en el asunto examinado la ejecución del gravamen hipotecario que concluyó con el remate del bien dado en garantía, no podía verse afectado por la existencia de demandas de pertenencia y sentencias inscritas declarando la misma y, por tanto, esa no era una causa para impedir la realización del remate.

Así las cosas, el juez procesado no trasgredió el ordenamiento jurídico, puesto que cumplió los requisitos para aprobar el remate del predio «Venecia» y ninguna norma le prohibía hacerlo, a pesar de las condiciones en las que se encontraba el bien y de las que daba cuenta el certificado de matrícula inmobiliaria; de allí que tal y como lo indicó la Fiscalía, su conducta es atípica al no concurrir el elemento objetivo del tipo de prevaricato por acción referido a que la decisión del funcionario sea manifiestamente contraria a derecho.

2.2.2 Finalmente, en lo que respecta a la última de las decisiones que fueron denunciadas como constitutivas del delito de prevaricato por acción, relativa a aquella en la que el juez Barreneche Zawady ordenó la cancelación de los registros inmobiliarios obrantes en el certificado de libertad del bien rematado, posteriores a la inscripción del embargo hipotecario que se realizó el 11 de marzo de 1999, consistentes en sentencias declarativas de pertenencia e inscripciones de demandas del mismo tipo, la Corte entra a hacer las siguientes consideraciones.

El sustento normativo al que aludió el funcionario indiciado para adoptar la mentada determinación es el artículo 2493 del Código Civil, el cual se encuentra dentro del Título XL de dicho estatuto, regulatorio de la figura de prelación de los créditos; tal norma indica:

Art. 2493. Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca.

Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera.

Claramente este precepto no era el aplicable al asunto sometido a consideración del juez investigado, toda vez que la cuestión en disputa no se refería a la existencia de dos o más créditos en donde correspondiera dirimir cuál de ellos tenía prelación sobre el otro u otros, sino la de establecer si por la adjudicación del remate al único acreedor hipotecario, las declaraciones de pertenencia parciales y las inscripciones de otras demandas con el mismo fin, sufrían alguna afectación o perdían vigencia, cuestión que no fue resuelta por el funcionario investigado, quien se conformó con citar una norma que claramente era inapropiada.

Tampoco puede sustentarse la legalidad de la decisión del juez en lo previsto en el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil¹⁴

, el cual dispone que en el auto que apruebe el remate se procederá a la cancelación de los gravámenes prendarios o hipotecarios que afecten el bien objeto de remate, puesto que la norma no alude a la cancelación de cualquier registro que pueda perturbar los derechos que el rematante adquiere sobre el bien dado en garantía, solamente las prendas e hipotecas, cuyos titulares son citados a la diligencia de remate para darles la oportunidad de hacer valer su derecho -Art. 523 del C.P.C.-.

En criterio de la Sala, la existencia de un gravamen hipotecario sobre un predio que posteriormente es adquirido por prescripción adquisitiva de dominio no afecta este último título dado su carácter originario y, por tanto, la cancelación de la inscripción de la sentencia que así lo declara, es improcedente, como también lo es la cancelación de aquella relativa a la inscripción de la demanda de pertenencia, ya que la norma -art. 530 del C.P.C- no se lo impone al juez al momento de aprobar el remate y ordenar la entrega del bien.

Ahora, cabe anotar que el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, que regula las medidas cautelares en procesos ordinarios, establece que:

«Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere; cumplido lo anterior, se cancelará el registro de ésta, sin que se afecte el registro de otras demandas. Si en la sentencia se omitiere la orden anterior, de oficio o a petición de parte la dará el juez por auto que no tendrá recursos y se comunicará por oficio al registrador...».

Dicho precepto contempla los efectos de la inscripción de la demanda como medida cautelar que es propia de los procesos ordinarios, que no de los ejecutivos singulares o ejecutivos con garantía hipotecaria, en los que no se prevé como mecanismo cautelar la inscripción del libelo, sino el embargo y secuestro del bien, cuyas consecuencias difieren sustancialmente de aquella, y en este último evento ninguna previsión normativa existe en torno a que de «obtenerse sentencia favorable para quien ha embargado o secuestrado la cosa», dentro de un proceso ejecutivo, proceda la cancelación de todos los registros realizados con posterioridad a la inscripción del embargo o secuestro, por manera que el juez no estaba autorizado a hacerlo.

A lo anterior se suma que el estatuto procedimental civil otorga especiales y precisas

consecuencias a los fallos de pertenencia, indicando en su artículo 407, numeral 11, que estos tienen efectos erga omnes, razón de más por la que en principio debe concluirse que el juez dentro del proceso ejecutivo hipotecario no está facultado para ordenar la cancelación de la inscripción de dicho fallo en el registro público.

Como se observa, la decisión del juez Barreneche Zawady, en oposición a lo manifestado por el ente acusador, no podía sustentarse en la norma que el funcionario adujo como soporte de su determinación y de los motivos que expone la Fiscalía para solicitar la preclusión no emerge con claridad la atipicidad de la conducta que en la denuncia se le enrostra al juez investigado, como para exonerarlo en este momento de toda responsabilidad.

El ente acusador se queda corto a la hora de demostrar la causal de preclusión que aduce, toda vez que no se analizan aspectos relevantes para establecer, por ejemplo, que los registros posteriores al embargo fueran oponibles al acreedor hipotecario a quien se debió notificar personalmente de los procesos de pertenencia, aspecto fáctico que desconoce la Sala; o si tales inscripciones eran legítimas teniendo en cuenta que los usucapiantes eran los mismos socios de ASOPROCAMPO, persona jurídica propietaria del bien y deudor hipotecario; también si de acuerdo a las normas que rigen el registro inmobiliario era legal inscribir las sentencias de pertenencia, existiendo un embargo anterior incluso a la inscripción de las respectivas demandas, o si los procesos de pertenencia fueron producto de un fraude o de una conducta indebida por parte del juez que los decidió, pues se conoce que existe una orden judicial para investigar penalmente esos hechos.

Frente a tales interrogantes y el claro desatino del juez al citar una norma impertinente para justificar la cancelación de sendos registros, algunos de ellos, contentivos de títulos de propiedad, emerge duda en torno a la legalidad de la decisión adoptada por dicho funcionario y en esos términos no es posible acceder a la preclusión solicitada, mucho menos cuando para superar ese estado de incertidumbre la Corte

tendría que adentrarse en el análisis de una serie de circunstancias y normativas civil y procesal civil que no fue abordada por el Fiscal ni tampoco por el Tribunal como juez de primera instancia.

A lo anterior se suma que la Fiscalía además de indicar que la decisión del funcionario investigado es ajustada a derecho, lo que lo llevó a concluir la falta de tipicidad objetiva de las conductas reprochadas al juez Barreneche Zawady, también sostiene que en ellas hay ausencia de dolo, puesto que la orden de cancelación de varias anotaciones obrantes en el registro inmobiliario se fundó en la interpretación del derecho por parte del funcionario, quien a juicio de la fiscalía, obró amparado en las normas que atribuyen al juez el deber de sanear el bien adjudicado al rematante.

Sin embargo, el fiscal del caso ni siquiera hizo mención a la posible configuración de un error de tipo como sustento de la preclusión solicitada, ni expuso con suficiencia los argumentos fácticos y jurídicos que darían lugar a esta eximente de responsabilidad que excluiría el dolo, mucho menos si tal percepción o interpretación equívoca del ordenamiento jurídico era superable o no, ni cuáles fueron las normas indebidamente comprendidas por el juez Barreneche Zawady.

En tal medida, mal podría la Corte establecer si la conducta del procesado estuvo mediada por un error de tipo, si éste fue de naturaleza vencible o invencible y, motu proprio, escudriñar en la foliatura sobre pruebas que sustenten tal tesis o la desvirtúen, sin que el apelante y, por contera, tampoco el Tribunal, hubieran abordado, con la profundidad que amerita, la demostración de esta circunstancia, en orden a establecer la ausencia de responsabilidad del juez Barreneche Zawady o si, por el contrario, además de la disconformidad de su decisión con la ley, actuó dolosamente.

Lo anterior se sustenta además en la regla que ha fijado la Sala acerca de que el juez debe decidir la solicitud de preclusión apegándose a la causal que se invoca y a los

motivos que la soportan¹⁵

Lo que sí puede concluir la Sala, en respuesta a los argumentos de la Fiscalía, es que dos de las decisiones acusadas de ser objeto del delito de prevaricato por acción, a saber: la aprobación de la cesión del crédito y la aprobación del remate con la consecuente adjudicación del bien al acreedor hipotecario, no son contrarias a la ley, toda vez que se adoptaron siguiendo las reglas vigentes de procedimiento civil, razón por la que frente a tales determinaciones no se satisfacen los elementos constitutivos del tipo objetivo de prevaricato por acción y, por tanto, la conducta del juez resulta atípica por lo que así se declarará, ordenando la preclusión de la investigación por estos concretos hechos.

De otro lado, y por los motivos que se han expuesto en párrafos anteriores, no se accederá al pedido preclusivo de la Fiscalía respecto de la decisión del juez Barreneche Zawady de 22 de noviembre de 2010, consistente en ordenar la cancelación de los registros inmobiliarios obrantes en la matrícula del predio «Venecia» y que se inscribieron con posterioridad al registro del embargo hipotecario.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la decisión proferida el 17 de noviembre de 2015 por el Tribunal Superior de Santa Marta y, en su lugar, al amparo de la causal invocada -4ª del art. 332 CPP-, precluir la investigación a favor de Jairo Alfredo Barreneche Zawady por atipicidad de la conducta, en lo relativo a los hechos presuntamente constitutivos del delito de prevaricato por acción, al emitir los autos de 30 de abril de 2009 y 12 de noviembre de 2010, a través de los cuales aprobó la cesión del crédito y el remate del bien hipotecado, respectivamente.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión impugnada en el sentido de no precluir la investigación por atipicidad de la conducta relacionada con la decisión de 22 de noviembre de 2010, en la que el entonces juez Jairo Alfredo Barreneche Zawady dispuso la cancelación de varios registros inmobiliarios.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Enrique Malo Fernández

José Francisco Acuña Vizcaya

José Luis Barceló Camacho

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

Luis Antonio Hernández Barbosa

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

¹Mediante auto del 16 de febrero de 1999.

2 Cuya extensión superficial es de 322 hectáreas y 3112 metros cuadrados, distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 222-00190021 de la oficina de instrumentos públicos de Ciénaga -Magdalena.

3 Folios 90 y s.s. del cuaderno No 11 y folios 420 y s.s. del cuaderno No 2.

4 Folio 119 del cuaderno No.11

5 «Con respecto al tipo subjetivo, se tiene que la decisión del juez de tramitar el proceso sin parte hasta la aprobación del remate y adjudicación del predio rural, sumado a la falta de perfeccionamiento de las diligencias de secuestro y las múltiples irregularidades procesales sustanciales, se podría inferir razonablemente que el indiciado conocía que estaba profiriendo decisiones manifiestamente contrarias a la ley y quería su realización, porque dichas circunstancias se mantuvieron en el tiempo.» Folios 122 y s.s.

6 Folios 95 y s.s. del cuaderno de anexo 1.

7 Folio 101

8 « Se nota claramente que todas las oposiciones se hicieron sobre tierras que habían sido dadas como prenda por la sociedad demandada, para el cobro del crédito que aquí se cobra. Para el caso que es materia de estudio, el parágrafo 2 del artículo 686 del C.P.C., en lo que a oposiciones respecta, dispone... Tales circunstancias no se dieron en ninguno de los que ostentaron posesión, ya que inclusive dicen haberle comprado pero a socios de ASOPROCAMPO, como quedó demostrado en el plenario... se trató de confundir a este juzgador en el sentido de indicarnos que las tierras sobre las cuales se propuso la oposición, no estaban dentro de las que fueron dadas en prenda por la asociación ejecutada, pero como se anotó anteriormente, nos percatamos de que se dijo demandar prescripción a

la demandada y se reconoció por parte de algunos declarantes que estábamos en presencia de terrenos que le habían sido adjudicados a la empresa. Quiere indicar el despacho, que de derivarse tierras que no pertenecen a ASOPROCAMPO, esto sin lugar a dudas, conllevaría a sacarlas de las que deben entregarse al mejor postor que aparezca en la diligencia de remate, con la cual estaría casi culminando este proceso.» Folios 14 y s.s.

9 ARTICULO 1960. NOTIFICACIÓN O ACEPTACIÓN. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste

10 ARTICULO 1961. FORMA DE NOTIFICACION. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente

11 Pues conforme al artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, la renuncia que del poder hizo la abogada LICEDIS INMACULADA ORTEGA WILCHES, sólo tuvo efecto cinco (5) días después de habersele notificado al señor GABRIEL ANTONIO SIERRA DE LA ESPRIELLA ese hecho, lo cual aconteció mediante oficio 1295 del 25 de octubre de 1999. Al respecto ver el numeral 6 del recuento de los elementos fácticos.

13 «ARTÍCULO 141. NULIDADES EN PROCESOS DE EJECUCION Y EN LOS QUE HAYA REMATE DE BIENES. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 81 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: En los procesos de ejecución y en los que haya remate de bienes, son también causales de nulidad:

1. Librar ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya cumplido el trámite prescrito por el artículo 1434 del Código Civil. Los títulos ejecutivos serán notificados a los herederos como se dispone en los artículos 315 a 320.

2. La falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, siempre que se alegue antes de proferirse el auto que lo aprueba. Esta nulidad solo afectará el remate y se aplica a todos los procesos en que haya remate de bienes <Numeral derogado por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010> Vigente a partir de 12 julio de 2010.»

14 «Art. 530 Aprobación o invalidez del remate. Pagado oportunamente el precio, el juez aprobará el remate siempre que se hubiere cumplido con las formalidades previstas en los artículos 523 a 528, y no esté pendiente el incidente de nulidad que contempla el numeral segundo del artículo 141. En caso contrario, declarará el remate sin valor y ordenará la devolución del precio al rematante.

En el auto que apruebe el remate se dispondrá, además:

1. La cancelación de los gravámenes prendarios o hipotecarios que afecten al bien objeto del remate.
2. La cancelación del embargo y del secuestro.
3. La expedición de copia del acta de remate y del auto aprobatorio.

Si se trata de bienes sujetos a registro, dicha copia se inscribirá y protocolizará en la notaría correspondiente al lugar del proceso. Copia de la escritura se agregará luego al expediente.

4. La entrega por el secuestro al rematante de los bienes rematados.
5. La entrega al rematante de los títulos de la cosa rematada que el ejecutado tenga en su poder.
6. La expedición o inscripción de nuevos títulos al rematante de las acciones o efectos públicos nominativos que hayan sido rematados, y la declaración de que quedan

cancelados los extendidos anteriormente al ejecutado.

7. La entrega del producto del remate al acreedor hasta concurrencia de su crédito y las costas, y del remanente al ejecutado, si no estuviere embargado.

Empero, cuando se remate un bien para el pago de la parte exigible de una deuda garantizada con hipoteca o prenda constituida sobre él, no se entregará al ejecutado el sobrante del precio, que quedará depositado a órdenes del juzgado como garantía del resto de la obligación, salvo que las partes dispongan otra cosa.» (Subrayas fuera del texto principal).

15 Así se indicó en CSJ AP 8 feb. 2008, rad. 28908 y en CSJ AP 18 may. 2011 rad. 35826.