

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP7392-2016

Radicación 46891

(Aprobado Acta No. 338)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Chocó el 17 de septiembre de 2015, a través del cual negó la preclusión de la investigación adelantada contra el doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA por el delito de prevaricato por acción y la decretó por la conducta de prevaricato por omisión, presuntamente desplegadas en su condición de Juez Segundo Promiscuo Municipal de Istmina.

ANTECEDENTES:

El 10 de mayo de 2011 Manuel Arcenio Perea Velásquez giró a favor de Fausto Camilo Borja Moreno la letra de cambio 001, mediante la cual se obligó a pagarle \$24'000.000 el 20 de junio de 2012. Posteriormente, Borja Moreno endosó el título valor a la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó.

Cumplido el plazo de la obligación Jeferson Romaña Tello, Gerente de la Cooperativa, endosó en procuración la letra de cambio a Marín Enrique Tello Hinestroza, quien el 23 de enero de 2014 formuló la correspondiente demanda ejecutiva singular de menor cuantía en contra de Manuel Arcenio Perea Velásquez.

El 27 de enero de esa anualidad el asunto fue repartido al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Istmina, del que es titular el doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA, quien, en decisión del 29 del mismo mes y año, libró mandamiento de pago a favor de la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó.

En escrito del 5 de marzo de 2014, Marín Enrique Tello Hinestroza solicitó la medida cautelar de embargo y retención del 50% de la mesada pensional percibida por Manuel Arcenio Perea Velásquez en el Fondo de Pensiones Públicas –Consortio FOPEP- y, mediante auto del siguiente 12 de marzo, el doctor PALACIOS MOSQUERA accedió a lo pedido.

El 11 de junio de 2014 Manuel Arcenio Perea Velásquez demandó el levantamiento de la medida precautelativa. En lo fundamental, sostuvo que acorde con el artículo 134 de la Ley 100 de 1993, las pensiones son inembargables salvo que se trate de obligaciones alimentarias o créditos a favor de cooperativas. Por ende, argumentó que la letra de cambio por cuya inobservancia se le ejecuta fue girada a favor de Fausto Camilo Borja Moreno, no de la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó, razón por la cual la excepción legal indicada no le es oponible.

El 25 de junio siguiente, el doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA resolvió desfavorablemente la pretensión de Perea Velásquez. Para el efecto, consideró que en virtud del endoso realizado a favor de la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó, ésta adquirió la calidad de propietaria del título valor y, por tanto, le es permitido instrumentalizar las medidas especiales consagradas a su favor, incluido el embargo de

hasta el 50% de las pensiones de sus deudores. Todo esto, según indicó, porque la legislación faculta a estas asociaciones para prestar servicios a terceros.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Por tales motivos, el 3 de octubre de 2014 Manuel Arcenio Perea Velásquez denunció al doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA ante la Fiscalía General de la Nación como autor de los delitos de prevaricato por acción y omisión. Éste último, porque estando inmerso en la causal de impedimento descrita en el numeral 3º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, no la manifestó.
2. La investigación quedó a cargo del Fiscal 11 Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó, quien solicitó la preclusión de la investigación con fundamento en las causales de atipicidad e inexistencia del hecho investigado. La primera, respecto del prevaricato por acción, y la segunda, en relación con el prevaricato por omisión.

La audiencia tuvo lugar ante el Tribunal Superior de esa ciudad el 17 de septiembre de 2015. Y tras la sustentación de la petición de preclusión por parte de la Fiscalía, esa corporación judicial profirió el auto que es objeto del recurso de apelación.

AUTO IMPUGNADO:

El Tribunal comenzó por analizar la solicitud de preclusión respecto de la conducta de prevaricato por acción. Para ello, examinó individualmente los elementos integrantes del tipo penal y encontró satisfecha la condición de sujeto activo del procesado y la existencia de una decisión emitida en ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, con el propósito de determinar si esta última es manifiestamente contraria a ley, destacó que el sistema cooperativo desde sus orígenes prescindió del ánimo de

lucro para la realización de su objeto social, tal como quedó previsto en los artículos 4º de la Ley 79 de 1988 y 2º de la Ley 454 de 1998.

Precisó que esta forma asociativa de derecho privado admite la ejecución de actos cooperativos y mercantiles. Los primeros, realizados entre sí por las cooperativas o entre éstas y sus asociados, los segundos, ejecutados con terceros no afiliados en cumplimiento de su objeto social.

Igualmente, aclaró esa Corporación que la legislación cooperativa distingue entre esos actos con el propósito de establecer beneficios y obligaciones disímiles. Así, explicó que cuando realizan actos cooperativos gozan de prerrogativas legales, como la facultad excepcional de embargar hasta el 50% de la mesada pensional de sus deudores, las cuales no se les confieren cuando realizan simples actos mercantiles con personas no asociadas.

Por otro lado, en la decisión impugnada la Sala señaló que, dado que la obligación mercantil que originó la demanda ejecutiva se surtió entre particulares sin ninguna relación con la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó, el endoso en propiedad del título valor no habilita a ésta para dar aplicación preferente a las disposiciones creadas para sus asociados.

En consecuencia, concluyó que contrario a lo sostenido por la Fiscalía, la conducta desplegada por el doctor PALACIOS MOSQUERA es típica, pues el auto del 25 de junio de 2014 es manifiesta y abiertamente contrario a derecho, en tanto habilita a las Cooperativas a reclamar el embargo de hasta el 50% de las pensiones de ciudadanos no asociados.

Encontró que esa práctica termina siendo una forma de extender, ilegalmente, los beneficios consagrados a favor de las cooperativas a terceros que sí tienen ánimo de lucro. Por ende, no decretó la preclusión pedida.

En segundo término, frente al delito de prevaricato por omisión, el Tribunal accedió a la preclusión demandada. Para ello, advirtió que durante la indagación no se pudo establecer la relación de familiaridad denunciada entre PALACIOS MOSQUERA y los socios principales de la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó y, por ello, no le era exigible declinar el conocimiento del asunto.

LA IMPUGNACIÓN:

La Fiscalía recurrió en apelación únicamente la determinación de no precluir la investigación por la conducta de prevaricato por acción.

Refutó que la decisión cuestionada sea manifiestamente contraria a derecho. En su criterio, la conclusión del funcionario es plausible, en la medida en que estuvo motivada y se fundó en la interpretación exegética de la normativa aplicable, en contraste al análisis sistemático que adelantó el Tribunal en el auto impugnado.

Insistió en que cualquiera de esas interpretaciones es correcta, en razón a que las disposiciones aplicables son ambiguas.

Por ende, concluyó que exigírsele al funcionario judicial que interprete la ley como lo haría quien eventualmente podría investigarlo, contraría los principios fundamentales de autonomía e independencia de la función jurisdiccional.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES:

1. El representante del Ministerio Público solicitó que se confirme la decisión impugnada. Señaló que el artículo 250 de la [Constitución Política](#) impone a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que revistan las características de un delito, siempre que medien pruebas suficientes sobre la ocurrencia del mismo.

En ese orden, refirió que en el caso examinado la denuncia interpuesta cumple con esos presupuestos y las previsiones del artículo 413 del Código Penal respecto del prevaricato por acción, pues determina que se trata de un servidor público que profirió un dictamen jurídico que, según el estudio que realizó el Tribunal, es contrario a derecho.

Por esas razones, concluyó, la conducta investigada es típica, por lo cual la preclusión pedida es improcedente.

2. La defensa coadyuvó la solicitud de preclusión de la Fiscalía.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Sala es competente para resolver la alzada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de un auto dictado en primera instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

La determinación impugnada por la Fiscalía General de la Nación será confirmada. Las razones son las siguientes.

La estructura básica de la conducta de prevaricato por acción demanda para su configuración objetiva: (i) que el autor ostente la calidad de servidor público, aspecto sobre el cual no hay ninguna controversia, y (ii) que profiera una resolución, dictamen o concepto -auto en el asunto examinado-, manifiestamente contrario a la ley.

Como quiera que la solicitud de preclusión se fundamenta justamente en la imposibilidad de verificar el último de los ingredientes normativos relacionados, la Sala procederá a abordar el análisis de este aspecto, con el propósito de establecer si la determinación del 25 de junio de 2014 envuelve una contradicción evidente e

inequívoca entre lo resuelto por el funcionario indiciado y lo que le era legalmente exigible.

Ello, en razón a que la Sala ha sostenido que aquellas decisiones que admitan discusión sobre su acierto o legalidad o consientan diferentes criterios e interpretaciones, no son susceptibles de reproche penal.

En concreto, se controvierte el embargo decretado sobre la pensión de Manuel Arcenio Perea Velásquez al interior del proceso ejecutivo promovido en su contra por la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó, en cuyo curso exhibió como título una letra de cambio endosada en propiedad por un tercero -persona natural-.

Para acceder a la medida cautelar el indiciado argumentó, que en razón de ese traspaso, la Cooperativa adquirió la calidad de propietaria del título valor y, por tanto, aplicó la excepción contenida en el numeral 5º del artículo 134 de la Ley 100 de 1993, conforme con la cual las cooperativas pueden embargar hasta el 50% de la pensión de sus deudores incumplidos, aun cuando se trate de terceros no asociados. Así lo consignó en el auto del 25 de junio de 2014, que se examina:

[...] la ley permite que las entidades cooperativas presten servicios no únicamente a sus asociados, sino también a terceros. Esta posibilidad obedece, de una parte, a un desarrollo del mismo principio de solidaridad, a partir del cual se considera socialmente útil que las organizaciones cooperativas pongan sus servicios a disposición de la comunidad en general, y compartan con ella el beneficio que tales servicios reportan a sus usuarios. De otra, se deriva también de la circunstancia de que la ausencia de ánimo de lucro, característica que es inherente a estas organizaciones, no implica la imposibilidad de recibir ingresos o generar excedentes, sino la de repartirlos a los

asociados, por lo que resulta válido que las cooperativas presten servicios a terceros, también con el propósito de fortalecerse patrimonialmente, y así poder prestar más y mejores servicios a sus propios asociados.

En fin, la posibilidad de embargar el 50% de las pensiones por parte de las cooperativas es un privilegio que nuestro ordenamiento jurídico confiere a todas las cooperativas para ser ejercitada en contra de sus asociados o de terceras personas que se encuentran en una situación de incumplimiento de sus obligaciones. Es lógico que si las cooperativas están habilitadas para entablar diversas relaciones con personas extrañas a la organización, éstas puedan ejercer los privilegios legales configurados a su favor, en caso de que los compromisos asumidos sean defraudados.

En síntesis, restringió su análisis a examinar la posibilidad legal que tienen las cooperativas de prestar servicios a terceros no afiliados y a que éstos obtengan beneficios similares a los de un asociado y, a partir de estas disquisiciones, dedujo: (i) que en este caso el girador ostentaba la calidad de tercero, (ii) que la Cooperativa le prestó un servicio, cuando ello no fue demostrado y (iii) que por tanto, era procedente decretar el embargo de hasta el 50% de su mesada pensional a favor de ésta.

Examen que desconoció las circunstancias que rodearon el endoso del título valor en virtud del cual se decretó el embargo.

El Fiscal pretendió justificar tal determinación en un supuesto análisis exegético de las normas aplicables. Sin embargo, la literalidad de los numerales 5º del artículo 134 de la Ley 100 de 1993 y 2º del artículo 344 del Código Sustantivo del Trabajo autorizan, a modo de excepción, el embargo de las pensiones cuando se trate de «créditos a favor de las cooperativas», sin que tal naturaleza pueda ser atribuible, ni siquiera por analogía, a una letra de cambio endosada en propiedad.

Esto último, en razón a que si bien los títulos valores son documentos necesarios

para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, como es el derecho a cobrar una suma determinada de dinero, no puede predicarse que son, en sí mismos, negocios jurídicos generadores de derechos, como sí sucede con el contrato de mutuo -o crédito-, al que se refiere la mencionada excepción normativa.

Por ello, el endoso de una letra de cambio a una cooperativa no tiene la virtualidad de mutar el negocio jurídico que se pretende instrumentalizar con el título valor. En otras palabras, como la letra de cambio fue girada a favor de una persona natural en razón de un acuerdo celebrado con el girador, su posterior endoso a una Cooperativa no la convierte en parte del negocio primigenio, solamente la faculta a cobrar el derecho allí contenido.

Se sigue de lo expuesto que la determinación adoptada por el doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA restó importancia al hecho de que la Cooperativa Jurídica y de Crédito del Chocó no realizó ninguna operación activa de crédito con Manuel Arcenio Perea Velásquez que la facultara a ejercitar las especiales garantías que le otorga la legislación para perseguir a sus acreedores.

Ahora bien, para dilucidar por qué sólo las operaciones activas de crédito efectuadas directamente por las cooperativas consienten el embargo de hasta el 50% de las pensiones de sus deudores, basta con atender la naturaleza solidaria de éstas para establecer que los recursos que eventualmente pueden ser objeto de esos créditos provienen, precisamente, de los aportes de los asociados.

En ese orden, el doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA omitió considerar que el negocio jurídico que dio origen a la suscripción de la letra de cambio no fue celebrado directamente con la Cooperativa, sino con un tercero. Y es precisamente este aspecto, como bien adujo el Tribunal, el que desechó el funcionario investigado al

proferir la decisión criticada, dado que no realizó ninguna reflexión sobre el particular.

Así las cosas, la Sala advierte que el juez no expuso las razones que lo llevaron a considerar que el ejecutado se encontraba dentro de esos supuestos de hecho, de modo que deberá establecerse cuál fue la razón que motivó la expedición de esa decisión, en tanto es forzoso determinar si fue un simple error de carácter judicial sin ánimo prevaricador o, si por el contrario, el funcionario obró de manera maliciosa, arbitraria o amañada, lo que podría actualizar subjetivamente el delito que se le atribuye, cuestión que demanda, necesariamente, continuar con la indagación.

Ante tal panorama, el auto impugnado será confirmado, por cuanto no se satisfacen los presupuestos previstos para decretar la preclusión por atipicidad objetiva de la conducta de prevaricato por acción investigada.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR auto proferido por el Tribunal Superior de Chocó el 17 de septiembre de 2015, a través del cual negó la preclusión de la investigación adelantada contra el doctor LUIS BLAIMIR PALACIOS MOSQUERA por el delito de prevaricato por acción.
2. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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 CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria