

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP1328-2019

Radicación No. 52805

(Aprobado Acta No. 95)

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la decisión proferida el 25 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual decretó la preclusión de la indagación a favor de JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

El 1º de septiembre de 2008, Armando Ramón Blanco Dugand, quien afirmó actuar en causa propia conforme a la facultad otorgada por la empresa PROSICOL E.U.<sup>1</sup>, le solicitó al Juzgado 1º Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena) el cumplimiento y ejecución<sup>2</sup> de la sentencia dictada el 12 de enero de 1993 (dentro de un proceso reivindicatorio), por medio de la cual el Juzgado Único Civil de esa ciudad condenó a la sociedad TECNAVAL LTDA.<sup>3</sup> a restituirle a PROSICOL E.U. una cuota parte del predio denominado “Las Quemadas”, localizado en el corregimiento de Palermo del municipio de Sitionuevo (Magdalena)<sup>4</sup>.

Mediante auto del 30 de octubre de 2008, JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA, Juez 1º Civil del Circuito de Ciénaga, resolvió darle cumplimiento al mencionado fallo. En consecuencia, ordenó la entrega del bien al señor Armando Ramón Blanco Dugand, conforme a la autorización otorgada por el representante legal de PROSICOL E.U. y porque aquél es el cesionario del inmueble, de acuerdo con la escritura pública N° 4002 del 12 de junio de 20085.

Contra la mencionada decisión, TECNAVAL LTDA. interpuso los recursos de reposición y apelación, en razón a que: i) la acción ejecutiva está prescrita; ii) Armando Ramón Blanco Dugand no está legitimado para presentar la demanda ya que TECNAVAL LTDA. no lo ha aceptado como sucesor procesal (art. 60 C.P.C.) y iii) se está desconociendo el acuerdo que PROSICOL E.U. y TECNAVAL LTDA. suscribieron el 14 de agosto de 2007 para el cumplimiento de la sentencia6.

No obstante, el 28 de enero de 2009 el funcionario denegó los recursos de reposición y apelación. El primero, porque de acuerdo con el artículo 509-2 del C.P.C. cuando el título ejecutivo consiste en una sentencia, no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición. El segundo, porque el mandamiento ejecutivo no es apelable (inciso. 2º art. 505 ídem)7.

El 16 de febrero de 2009, luego de afirmar que «la demandada no propuso ningún medio exceptivo», el juzgado dispuso seguir con la ejecución8, auto contra el que TECNAVAL LTDA. nuevamente interpuso reposición y apelación, con fundamento en que la ejecutada contestó la demanda y propuso las correspondientes excepciones de mérito dentro del término legal establecido para ello9.

El Juez 1º Civil del Circuito de Ciénaga, en providencia del 14 de abril de 2009, aceptó que según lo informado por el secretario del despacho, «el memorial de excepciones se encontraba trasapelado». Sin embargo, dio como no contestada la demanda y no

propuestas las excepciones de mérito, debido a que el memorial no está firmado por quien dice que lo suscribe (Dra. Marina Berdugo Jaimes), de manera que «los escritos que no tienen firma para todos los efectos legales se entienden anónimos». Además, porque el documento de contestación que la abogada hizo en nombre de TECNAVAL LTDA. es una fotocopia informal<sup>10</sup>.

Por considerar que las providencias dictadas por JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA son manifiestamente contrarias a la ley, Germán Pérez Parra, gerente de SETECNAVAL S. EN C.11, presentó denuncia penal por el delito de prevaricato por acción.

#### SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

En audiencia del 21 de junio de 2017, el fiscal 4º delegado ante el Tribunal de Santa Marta solicitó la preclusión de la indagación por atipicidad del hecho investigado, conforme al numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Luego de aludir los elementos materiales recaudados, como las decisiones y memoriales obrantes en el proceso ejecutivo de sentencia y el interrogatorio al indiciado, señaló que JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA en auto del 30 de octubre de 2008 dispuso dar cumplimiento al fallo, «bajo el entendido que efectivamente» la empresa PROSICOL E.U. le había conferido poder a Armando Ramón Blanco Dugand, conforme a un convenio INNOMINADO, a través del cual lo autorizaba como cesionario para promover la ejecución de la sentencia reivindicatoria.

Por tanto, consideró que el funcionario obró legalmente, al paso que notificó en debida forma dicha providencia al demandado para que contestara la demanda y propusiera excepciones.

En lo atinente a la providencia del 28 de enero de 2009, mediante la cual negó el recurso de reposición contra el auto del 30 de octubre de 2008, advirtió que «en su momento era

legal», como quiera que «aplicó la norma debida en su verdadero sentido», si en cuenta se tiene que, a partir de los medios de prueba con los que contaba, podía válidamente concluir que se trataba de la ejecución de una sentencia, decisión frente a la que no es viable proponer excepciones previas sino perentorias ni interponer recursos, por tratarse de un mandamiento de pago (arts. 505 y 509 del C.P.C.).

Diferente es, agregó, que con posterioridad el despacho hubiera advertido que la apoderada de la parte demandada sí contestó la demanda y presentó excepciones, pero que por un error de la secretaría tales memoriales se traspapelaron. Con todo, en auto del 14 de abril de 2009 el indiciado no tuvo en cuenta tales escritos porque no se encontraban firmados por quien afirmaba los suscribió.

Igualmente, resaltó la Fiscalía que no es cierto que el indiciado no se haya pronunciado en relación con la transacción celebrada entre las partes, ya que el 14 de abril de 2009 dispuso darle traslado a la demandada en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2º, artículo 340 del C.P.C.

Frente a este último punto, añadió que la funcionaria sucesora, el 5 de octubre de 2011, desestimó las excepciones perentorias de transacción y prescripción, pero la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Santa Marta invalidó lo actuado a partir del auto del 16 de febrero de 2009, en razón a que el asunto se tramitó conforme al procedimiento para ejecutar sentencias que condenan al pago de una suma de dinero (art. 335 C.P.C.) y no cuando conlleve a la entrega de un bien (art. 337 C.P.C.), como en este caso.

Equivocación que, enfatizó, no fue advertida dentro de la actuación por ninguna de las partes, pues consideraban que ese era el procedimiento a seguir.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, señaló que JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA dio garantías a las partes y resolvió oportunamente los disensos puestos a su consideración, de lo que se desprende que «ninguna intención dolosa se observa por parte del juez tendiente

a torcer el sentido de la ley»<sup>12</sup>.

## DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal Superior de Santa Marta, mediante auto del 25 de abril de 2018, decretó la preclusión de la investigación seguida contra JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA, al advertir que éste no profirió decisiones manifiestamente contrarias a la ley.

En primer lugar, señaló que Armando Ramón Blanco Dugand estaba legitimado para promover la ejecución de la sentencia, no sólo por el convenio INNOMINADO del 2 de julio de 2008 en el que PROSICOL E.U. lo autoriza como cesionario para ese efecto, sino por el poder suscrito el día 7 del mismo mes y año que así lo ratifica.

En segundo término, consideró que no es dable censurar a JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA por tramitar el proceso de ejecución pese a la posible prescripción de la acción, como quiera que, según el artículo 306 del C.P.C., tal situación debe alegarse en la demanda, sin que sea viable declararla de oficio.

En cuanto a la falta de pronunciamiento de la contestación de la demanda y las excepciones de mérito, para el Tribunal ello obedeció al extravío de los memoriales por culpa exclusiva del secretario del juzgado, quien recibió los escritos pero omitió anexarlos. Y si bien, luego de aclarado el inconveniente el funcionario desatendió las pretensiones de SETECNAVAL LTDA. porque los documentos no estaban firmados por la representante de dicha empresa, añadió, más allá de considerarse un criterio acertado o no, »se constituye en un pronunciamiento legítimo en ejercicio de la actividad jurisdiccional que el indiciado desempeñaba».

Frente a la desestimación de la transacción previa que existía entre PROSICOL E.U. y SETECNAVAL LTDA., reiteró lo aducido por la Fiscalía en cuanto al trámite del artículo 340 del C.P.C. que se le dio mediante auto del 14 de abril de 2009.

De otro lado, la primera instancia consideró «razonables» los argumentos del procesado en cuanto a la improcedencia de los recursos de reposición y apelación. El primero, porque de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el auto que ordena seguir delante la ejecución cuando el demandante no ha propuesto ninguna excepción, debe considerarse una sentencia, contra la que no procede reposición (arts. 348 y 349 del C.P.C.) El segundo, porque según los artículos 505-2 y 507 ídem, el mandamiento ejecutivo ni la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución son apelables.

Por último, adujo que de la evidencia exhibida por la Fiscalía no se desprende que las actuaciones de JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA estuvieran dirigidas a proferir decisiones manifiestamente contrarias a la ley, sino a resolver un litigio puesto a su consideración como juez civil, lo que conlleva a la ausencia del elemento volitivo del dolo<sup>13</sup>.

#### ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

El Ministerio Público solicita la nulidad de lo actuado, por la irregularidad surgida ante la no comparecencia de la víctima a la solicitud de preclusión ni a la audiencia de lectura de decisión, pretermitiéndole en su criterio la posibilidad de presentar elementos de prueba para oponerse a la terminación anticipada del proceso e impugnar la providencia.

Luego de aludir las decisiones de la Corte Constitucional y de esta Corporación relacionadas con el derecho de las víctimas dentro del proceso penal y en especial su intervención ante la petición de preclusión de la investigación, resalta que el Tribunal nunca citó al perjudicado Germán Pérez Parra a la dirección aportada por él en la denuncia. Y aunque se ha convocado a su apoderado, considera que la citación ha debido hacerse de manera simultánea al directo afectado, «porque es el titular de esta garantía procesal».

De manera subsidiaria, pide revocar el auto apelado. Al efecto, indica que de acuerdo con la exigencia normativa y jurisprudencial, la petición de preclusión debe ser respaldada probatoriamente de manera suficiente, mientras que en este evento la Fiscalía presentó

una instrucción limitada a la versión del indiciado.

Así, destaca, el primer aspecto que no fue dilucidado por el ente instructor es el alcance del aludido convenio INNOMINADO, en la medida en que no es tan claro como lo deja entrever el Tribunal en cuanto a la facultad que presuntamente le otorga PROSICOL E.U. a Armando Ramón Blanco Dugand, pues al final del mismo documento expresamente consigna que «el presente acuerdo no significa ni conlleva representación alguna de la cedente por parte del cesionario».

Igualmente, en cuanto a los memoriales a través de los cuales TECNAVAL LTDA. contestó la demanda y propuso excepciones, alega que la fiscalía se restringió a dar por hecho que fueron trasapelados por culpa del secretario del juzgado, pero tal versión no cuenta con respaldo probatorio alguno como por ejemplo la declaración de los empleados del despacho.

Ahonda en ese punto señalando que, como la inobservancia de tales documentos conllevó a que se ordenara seguir adelante con la ejecución y, luego de subsanado el yerro, el funcionario desestimó los escritos porque carecían de firma, el denunciante «merece una explicación más a fondo de parte de la Fiscalía». Lo anterior, porque la víctima afirma que el juez pretendía ayudar a Armando Ramón Blanco Dugand, quien fue su abogado y resultó apoderándose de su empresa y del bien objeto de la sentencia reivindicatoria.

Finalmente, considera que la Fiscalía no debió centrar la actividad del indiciado únicamente en relación con las cuadro decisiones prevaricadoras, sino su actitud omisiva por no verificar de oficio los presupuestos necesarios para admitir la demanda, como la capacidad para ser parte y comparecer al proceso. Además, indica que JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA, desde el momento que profirió «el auto admisorio de la demanda», debió tener en cuenta la transacción que con anterioridad habían firmado PROSICOL E.U. y TECNAVAL LTDA., situación que, a su juicio, modificaba sustancialmente «el panorama jurídico procesal»

frente al cumplimiento de la sentencia reivindicatoria<sup>14</sup>.

## NO RECURRENTE

La Fiscalía, en primer lugar, coadyuva la petición de nulidad, porque la víctima no fue citada en debida forma, restringiéndosele sus garantías dentro de la presente actuación.

En cuanto a la segunda pretensión del Ministerio Público, aclara que después de 15 años de proferida la sentencia reivindicatoria, TECNAVAL LTDA. le cobró a PROSICOL E.U. las mejoras realizadas en el bien, sin que dentro de dicho proceso (tramitado ante el Juzgado Civil del Circuito de Medellín en el año 2007) se adujera prescripción alguna. En todo caso, añade, como la primera empresa no le entregó a la segunda el inmueble pese a dicho reconocimiento monetario, en el año 2008 PROSICOL E.U. y Armando Ramón Blanco Dugand realizaron el convenio de cesión, lo que implicaba que este último podía ejercer las acciones necesarias «como dueño y poseedor del bien».

Por tanto, en su criterio el funcionario sí admitió la demanda ejecutiva en debida forma, puesto que Armando Ramón Blanco Dugand «tenía capacidad para realizar dicha reclamación».

Frente a la transacción entre PROSICOL E.U. y TECNAVAL LTDA., reiteró que el juez indiciado dio traslado de dicha situación a Armando Ramón Blanco Dugand, quien informó que la segunda compañía nunca hizo el pago correspondiente al valor del bien, lo que torna inexistente dicho convenio, máxime si el representante de TECNAVAL LTDA. no argumentó ni probó lo contrario<sup>15</sup>.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE



## 1. Competencia

De acuerdo con el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible.

## 2. Delimitación de la discusión

En virtud a que el primer motivo de disenso es la nulidad por violación del debido proceso en aspectos sustanciales, pasa la Sala a su análisis respectivo previo a hacer el estudio de fondo, resultando inane continuar el asunto de configurarse la irregularidad alegada.

## 3. De la nulidad por ausencia de intervención de la víctima en la preclusión de la investigación

De acuerdo con los literales d) y g) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, las víctimas tienen derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas; a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir en lo pertinente ante el juez de control del garantías y a interponer los recursos, cuando a ello hubiere lugar.

En lo que a la audiencia de preclusión de la investigación se refiere, el artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que la víctima, junto con el Ministerio Público y el defensor, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 2007, consideró que la controversia tal como lo regula la mentada norma «puede resultar inocua» si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión. Bajo ese supuesto, declaró exequible el artículo 333 en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

Parte de los argumentos de la Corte, fueron los siguientes:

... cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías.

Sobre ese aspecto también se ha referido esta Corporación. Específicamente, en CSJ AP, 22 ago. 2008, rad. 30280, puntualizó que dentro de las garantías de que está investida la víctima se encuentran, por citar un ejemplo, las de cuestionar, probatoriamente y con la interposición de recursos, la decisión sobre la aplicación del principio de oportunidad, de donde surge que iguales potestades debe tener en punto de la preclusión, como que, para lo que importa para sus intereses, ambas decisiones pueden tener el mismo alcance.

Además, expresamente se ha afirmado que la víctima tiene el derecho específico a oponer

elementos materiales de prueba e información que haya podido recolectar a los aducidos por la Fiscalía cuando impetra la preclusión, e impugnar la decisión que el juez adopte al respecto.

En esa línea de pensamiento, la Sala enfatizó que para hacer efectivas esas potestades, se impone como una carga imperativa para el juez y la Fiscalía, que agoten los instrumentos a su alcance para que con la debida antelación se le comuniquen a la víctima la fecha en que habrá de realizarse la audiencia de preclusión.

Esa anticipación «debe ser entendida como un período razonable, a efectos de que sus derechos queden a salvo de manera real y efectiva, no simplemente formal, por cuanto si está facultada para oponer elementos materiales de prueba e informaciones a los que presente la Fiscalía, surge, de necesidad, que debe serle concedido un período prudencial para que proceda a ello» (ídem).

Ahora bien, revisada la actuación encuentra la Sala que la denuncia contra JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA fue impetrada por Germán Pérez Parra, representante legal de SETECNAVAL S. EN C.16, quien suministró como dirección de notificación la calle 2ª N° 2 – 55 del municipio de Palermo (Huila)17.

Posteriormente, aparece que el denunciante le otorgó poder a Bernardino Orozco Mejía18, quien informó que podía ser localizado en la calle 38 N° 44 – 68, oficina 8C de Barranquilla (Atlántico)19.

Sin embargo, en el formato de solicitud de preclusión el fiscal únicamente aportó la dirección del apoderado de la víctima20, al paso que el Tribunal Superior de Santa Marta citó tanto a Germán Pérez Parra como a su abogado Bernardino Orozco Mejía a una misma dirección, pero que en todo caso difiere a la reportada por aquéllos.

Así, de acuerdo con los oficios que reposan en el expediente, aparece que para la audiencia

de sustentación de preclusión (celebrada el 21 de junio de 2017)<sup>21</sup> se enviaron comunicaciones a la víctima y a su representante a la calle 34 N° 44 – 68, oficina 8C de Barranquilla, sin que haya constancia de recibido ni de devolución. En lo tocante a la audiencia de lectura de decisión (25 de abril de 2018), obra constancia de la oficial mayor del Centro de Servicios Judiciales de Santa Marta (del mismo día de la diligencia), en la que informa que el notificador no cuenta con las citaciones a los antes mencionados dentro de la planilla de notificaciones fuera de la ciudad<sup>22</sup>.

Es decir, para la primera audiencia de preclusión la víctima fue convocada erradamente, mientras que para la segunda, no se le citó, irregularidades que conllevaron a que el agraviado Germán Pérez Parra no tuviera la oportunidad de oponerse a la pretensión del fiscal, a presentar sus pruebas ni a controvertir la decisión del Tribunal.

Además, pertinente resaltar que la primera instancia convalidó tal anomalía, como quiera en la sesión del 21 de junio de 2017, el magistrado ponente le preguntó al fiscal si había citado a la víctima, ante lo que le contestó que no, que ello le correspondía al Centro de Servicios a la dirección reportada en el formato, esto es, la calle 38 N° 44 – 68 oficina 8C de Barranquilla<sup>23</sup>. Así, el magistrado decidió continuar la diligencia luego de verificar «a folio 48 de la carpeta que se le comunicó según correo certificado por franquicia postal a la dirección indicada, calle 34 N° 44 – 68 oficina 8C Barranquilla, el 16 de julio de 2017»<sup>24</sup>.

Por su parte, al inicio de la audiencia de lectura de preclusión, contrario a lo que señala la constancia secretarial antes referida, el magistrado ponente afirmó: «se verifica en la carpeta que la víctima (sic) Bernardino Orozco Mejía le fue comunicada la realización de esta audiencia (sic) mediante la vía 472, aparece recibidos de la comunicación en la correspondiente planilla»<sup>25</sup>.

Bajo ese contexto, es manifiesto que el Tribunal acudió a un trámite formal para dar apariencia de respeto de los derechos que le asisten a la víctima y así justificar su no

comparecencia, considerando suplida la notificación cuando ésta fue inadecuada en la primera oportunidad y no realizada para la segunda sesión.

En consecuencia, se invalidará lo actuado a partir de la audiencia de sustentación de petición de preclusión, a fin de que la víctima y su apoderado sean citados en debida forma.

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

RESUELVE

PRIMERO-. DECRETAR la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia del 21 de junio de 2017, inclusive, en la que la Fiscalía solicitó ante la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta la preclusión de la investigación seguida contra JAIME JACOBO DE LA HOZ MIRANDA.

SEGUNDO-. DEVOLVER la actuación al tribunal de origen.

TERCERO-. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Promotora Siderúrgica Colombiana – Empresa Unipersonal.
- 2 Folios 1 a 10, cuaderno anexo N° 2.
- 3 Técnica Naval e Industrial – Limitada.
- 4 Folios 13 a 39, cuaderno anexo N° 2.
- 5 Folios 82 a 85, cuaderno anexo N° 2.
- 6 Folios 91 a 98, cuaderno anexo N° 2.
- 7 Folios 146 y 147, cuaderno anexo N° 2.
- 8 Folios 157 y 158, cuaderno anexo N° 2.
- 9 Folios 183 a 186, cuaderno anexo N° 2.
- 10 Folios 190 a 195, cuaderno anexo N° 2.
- 11 Germán Pérez Parra y Compañía S. en C., antes TECNAVAL LTDA.
- 12 Minuto 06:45 y ss.
- 13 Folios 108 a 125, cuaderno del tribunal.
- 14 Minuto 48:25 y ss. (video 1), audiencia del 25 de abril de 2018.
- 15 Minuto 00:20 y ss. (video 2), audiencia del 25 de abril de 2018.

- 16 Folios 87 y 88, cuaderno Fiscalía.
- 17 Folios 1 a 7, cuaderno Fiscalía.
- 18 Folio 40, cuaderno Fiscalía.
- 19 Folios 38 y 39, cuaderno Fiscalía.
- 20 Folios 1 y 2, cuaderno tribunal.
- 21 Folios 41, 42 y 48, cuaderno tribunal.
- 22 Folio 107, cuaderno tribunal.
- 23 Minuto 04:26 y ss.
- 24 Minuto 06:00 y ss.
- 25 Minuto 03:05 y ss.