

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**  
**Magistrado ponente**

**AP2833-2016**

**Radicación n° 46403**

(Aprobado Acta No. 147)

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**ASUNTO**

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la víctima, en contra de la decisión del 2 de julio de 2015 proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por medio de la cual ordenó la preclusión de la investigación adelantada en contra de EDGAR RICARDO CORREA GAMBOA por la conducta de prevaricato por acción.

## **ANTECEDENTES**

El 8 de octubre de 2013 el señor Jaiver Aldana Salazar elevó petición ante el Banco Caja Social con sede en Neiva, en orden a que le indicaran el nombre de la persona, entidad o empresa que realizó el 1 de febrero de 2010 consignación en la cuenta bancaria a su nombre.

Ante la negativa a obtener la anterior respuesta instauró acción de tutela, la cual fue resuelta por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Neiva mediante fallo del 13 de noviembre de 2013, donde tuteló su derecho fundamental de petición y ordenó al Banco accionado responder de fondo, clara, precisa y congruente lo solicitado por el accionante. Tal decisión fue confirmada por Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, mediante sentencia del 14 de enero de 2014.

El Banco Caja Social le informó al denunciante en comunicación del 18 de noviembre de 2013<sup>1</sup> que no se podía indicar el nombre de quien realizó el depósito a su cuenta bancaria, porque del cupón electrónico de las consignaciones de la época, no aparece tal información.

Ante esa circunstancia, el accionante promovió incidente de desacato; resuelto en auto del 22 de julio de 2014 por medio del cual el juez de primera instancia impuso

---

<sup>1</sup> Fls. 95-98 Cuaderno anexos No. 4.

sanción de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y cinco días de arresto al Gerente Regional de la Zona Andina del Banco Caja Social.

La anterior sanción fue revocada en sede de consulta el 21 de agosto de 2014 por el Dr. EDGAR RICARDO CORREA GAMBOA, Juez Tercero Civil del Circuito de Neiva, al considerar que para el accionado era imposible indicar quien consignó sumas de dinero en favor del actor, en razón a que dicha información no existía pues la entidad financiera no se encontraba obligada a registrarla en el formato de consignación o recaudo bancario; por lo que concluyó que no existió responsabilidad subjetiva.

El ciudadano JAIVER ALDANA SALAZAR instauró denuncia penal en contra del Banco Caja Social por fraude procesal, así como también en detrimento del funcionario EDGAR RICARDO CORREDOR GAMBOA en su calidad de Juez Tercero Civil del Circuito, por la posible comisión del delito de prevaricato por acción, con ocasión de la decisión judicial por medio de la cual se revocó la sanción por desacato.

El 13 de mayo de 2015<sup>2</sup> la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva radicó solicitud de preclusión de la actuación, por la causal cuarta “*aticipidad del hecho investigado*” al considerar que la revocatoria de la sanción por desacato no era contraria al ordenamiento jurídico.

---

<sup>2</sup> Fls. 1-2 C. # 1 actuación Fiscalía.

## **DECISIÓN IMPUGNADA**

El *a quo* ordenó la preclusión solicitada por el delegado de la Fiscalía en audiencia celebrada el 3 de julio de 2015, por la causal cuarta “*Atipicidad del hecho investigado*”.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva compartió el argumento presentado por la Fiscalía, referido a que el indiciado presentó razones jurídicas sólidas para revocar la sanción impuesta al Gerente Regional Zona Andina del Banco Caja Social, al considerar que según concepto del 21 de agosto de 2013, la Superintendencia Financiera de Colombia explicó que la normas que regulan los contratos de depósito bancario no establecían como exigencia dejar constancia del nombre de quien realiza la transacción.

Avaló la tesis de la Fiscalía y del funcionario denunciado según la cual, el servidor del Banco Caja Social no contaba con la posibilidad material de detallar el nombre del depositante de la cuenta bancaria del denunciante, porque dicha información no existía, luego no podría predicarse de tal negativa una actuación dolosa, por lo que al no acreditarse el aspecto subjetivo en el desacato debía abstenerse de imponer sanción.

Por lo anterior, el Tribunal de primera instancia concluyó que el Juez Tercero Civil del Circuito no prevaricó al revocar la sanción por desacato, por lo que accedió a la preclusión solicitada.

## **ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

Respecto a la decisión de acceder a la preclusión solicitada, el apoderado judicial de la víctima interpuso recurso de apelación.

Sustentó su recurso en que no obstante haberlo solicitado ante el juez denunciado, el ente acusador y el Tribunal de primera instancia, en el presente caso no valoraron la clase de cuenta bancaria que tenía su cliente en la institución crediticia, pues se trataba de una especial de nómina de la que debía existir registro de los consignatarios.

Además refutó que el concepto de la Superintendencia Financiera citado por el juez de tutela, la Fiscalía y el Tribunal de primera instancia, no era aplicable al presente asunto por cuanto no se refería a la facultad de solicitar información mediante derecho de petición sino al valor probatorio de los recibos de consignaciones.

Además, resaltó el perjuicio al accionante a gozar del derecho fundamental de petición, por no obtener la información de la persona que consignaba en su cuenta para instaurar demanda ordinaria laboral contra su empleador.

Por su parte, el Representante de la Fiscalía, en su calidad de no recurrente solicitó que se declarara desierto el recurso de apelación en razón a que no fue debidamente

sustentado, por no haber dirigido los argumentos de impugnación en contra de la decisión de primera instancia sino de las providencias proferidas al interior de la acción de tutela e incidente de desacato.

Subsidiariamente, el ente acusador adujo que en caso de encontrar debidamente sustentado el recurso de apelación, se confirme la providencia impugnada en razón a que el funcionario denunciado no prevaricó, pues válidamente consideró que para el momento de la transacción financiera, el Banco accionado no se encontraba obligado a registrar el nombre de quien consignaba alguna suma de dinero que no superara cierto monto.

La defensa esbozó que compartía los argumentos del titular de la acción penal y además reprochó que la víctima en el presente asunto ha buscado reabrir un proceso y un debate probatorio de la acción de tutela, con la finalidad de recaudar elementos de prueba para promover una supuesta acción judicial de carácter laboral; por lo que considera que debe confirmarse la decisión impugnada.

Ante la solicitud de declarar desierto el recurso de apelación, el Tribunal de primera instancia, no obstante advertir la pobre argumentación de la impugnación resolvió conceder dicho recurso, porque *“de todas formas al menos propuso uno o dos aspectos que al menos tocan la decisión*

*que ha tomado el Tribunal y desde luego criticando la posición del juez investigado”<sup>3</sup>.*

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. La Corte es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Superiores que deciden sobre las solicitudes de preclusión realizadas por las Fiscalías Delegadas ante esas Corporaciones, conforme se dispone en los artículos 32, numeral 3, 176 y 177, numeral 2 de la Ley 906 de 2004.

2. Atendiendo a los postulados del artículo 250 de la Carta Política, cuyo desarrollo legal se aprecia en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004, es claro que corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, en cuyo cometido ha de ejecutar los actos propios de indagación e investigación de los hechos que lleguen a su conocimiento y revistan las características de una conducta punible, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de la misma.

De igual manera, el artículo 114, numeral 1º, del mencionado Estatuto Procesal, establece como atribución de la Fiscalía la de *“Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito”*.

---

<sup>3</sup> Minuto 24:54 audiencia del 3 de julio de 2015.

Sin embargo, dado que existen determinados eventos en los cuales no se satisfacen las exigencias legales para acusar, el legislador reguló en los artículos 331 a 335 de la Ley Procesal Penal, el trámite relacionado con la preclusión, acorde con el cual es factible que en cualquier etapa de la actuación el Fiscal con las limitaciones establecidas en la normativa solicite al juez de conocimiento pronunciamiento en tal sentido, petición que de ser aceptada conducirá al archivo de la actuación con efectos de cosa juzgada.

En tales condiciones, si la Fiscalía acredita en debida forma alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de procedimiento Penal corresponde al Juez de conocimiento decretar la preclusión.

3. Teniendo en cuenta que el representante de la Fiscalía solicita que se declare desierto el recurso de apelación por indebida e insuficiente argumentación, es necesario abordar dicho análisis de manera previa para elucidar si en efecto debe o no conocer esta Sala de los argumentos del disenso presentados por el apoderado de la víctima.

En efecto, los recursos son los instrumentos a través de los cuales los sujetos procesales expresan su inconformidad con la decisión judicial que les causa algún agravio, entendido este como la insatisfacción total o parcial de las pretensiones que expusieron en desarrollo del proceso en su momento.

La fundamentación de un mecanismo de impugnación ordinario (reposición o apelación) no precisa de argumentaciones superlativamente elaboradas, sino claras, puntuales y lógicas, de las cuales se desentrañe sin mayor dificultad el alcance de la oposición y los aspectos que abarca la misma.

La declaratoria de desierto es de alguna manera la sanción que consagra la ley cuando no se lleva a cabo la sustentación, o se hace en términos que no guardan ninguna relación con lo decidido en la providencia que es objeto de censura, pues son equivalentes la ausencia total de fundamentación y aquella que se formula de modo aparente en cuanto a que no se refiere en lo más mínimo a los aspectos consignados en la decisión judicial que se trata de cuestionar.

4. Descendiendo al caso de autos, se observa que el recurrente se contrae a criticar tanto la providencia del Juez Tercero Civil del Circuito que revocó la sanción impuesta al Gerente de la Sucursal Andina del Banco Caja Social, como la decisión aquí impugnada con fundamento en que no se tuvo en cuenta la clase de cuenta bancaria del accionante respecto de la cual solicitó la petición de información. Además aduce una supuesta aplicación errada del concepto de la Superintendencia Financiera.

Los anteriores argumentos, si bien no fueron los determinantes para tomar la decisión de preclusión, sí guardan relación con la decisión apelada, pues reclama que

el primero no fue estudiado no obstante haberlo advertido previamente, y el segundo fue argumento utilizado para acceder a la solicitud de preclusión de la investigación.

Conforme lo anterior, es procedente abordar el estudio de la presente impugnación.

5. El delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal, comporta, en su estructura objetiva, el proferir o dictar una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley. De manera que no cualquier error o discrepancia en que incurra el servidor público constituye conducta punible, tan solo lo será aquella que sea ostensible, cuyo choque con el ordenamiento jurídico sea patente y grave.

Por consiguiente, no encuadrarán en el tipo penal aquellas providencias que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario judicial, respecto de las cuales existan posibilidades de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad.

6. Teniendo en cuenta que la decisión judicial objeto de denuncia fue dictada en el trámite de un incidente de desacato, conviene precisar que la finalidad de este mecanismo judicial no es otra que, en caso de incumplimiento de una sentencia de tutela, el afectado tenga la posibilidad de lograr su cumplimiento mediante

este instrumento, dentro del cual el juez debe establecer objetivamente que el fallo o la sentencia de tutela no se ha cumplido, o se hizo de manera parcial, o de forma tergiversada, caso en el cual procederá a imponer la sanción que corresponda. Siendo ese el objeto del procedimiento incidental, no se puede volver sobre juicios o valoraciones hechas dentro del proceso de tutela, toda vez que el incidente de desacato ha sido entendido como un instrumento que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio.

Es fundamental para el entendimiento del incidente de desacato que siendo este un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela, ya que esto último exclusivamente no da lugar a la imposición de la sanción, pues es necesario que se pruebe la consciente y deliberada voluntad de la persona de sustraerse a cumplir lo dispuesto por el Juez constitucional.

La tesis de la fundamentación de la responsabilidad por desacato deberá incluir necesariamente, los dos elementos del mismo: el objetivo, es decir el incumplimiento de la decisión; y el análisis de la conducta desplegada por el disciplinado tendiente a no cumplir, como factor subjetivo,

todo analizado desde la óptica de la orden dada en concreto en la acción de tutela.

7. En el caso *sub examine*, se somete a examen de preclusión por atipicidad del hecho investigado, la providencia del 21 de agosto de 2014 por medio de la cual el Dr. EDGAR RICARDO CORREA GAMBOA en su calidad de Juez Tercero Civil del Circuito de Neiva, en grado de consulta revocó la sanción impuesta al representante de la zona andina del Banco Caja Social.

El motivo principal y fundante expuesto por el funcionario investigado para adoptar la decisión, consistió en que para la entidad accionada (Banco Caja Social) era materialmente imposible entregar el detalle de la persona que consignó sumas de dinero en la cuenta bancaria del denunciante por cuanto no tenía en su poder dicha información, pues no era su obligación recaudarla, de modo que consideró que dicha negativa no era arbitraria ni caprichosa y así, mal podría emitir una sanción de índole disciplinario. Tesis que fue ratificada tanto por el representante de la Fiscalía como por el juzgador de primera instancia.

Si bien el recurrente no atacó directamente el anterior argumento, es decir la imposibilidad material del Banco Caja Social de dar la información requerida sobre el consignatario, expuso que era obligación de la entidad bancaria conocer y certificar quién realizó consignaciones a la cuenta de su cliente y para ello refutó en primer lugar

que no fue dilucidada la clase de cuenta bancaria de su cliente.

Respecto del anterior reproche, el recurrente pasó por alto que no existe ninguna discusión acerca de si es una cuenta de nómina o no, lo cual es irrelevante, pues lo cierto es que en todo caso se trataba de una cuenta bancaria respecto de la cual no se recaudaba la identificación del consignatario y ello fue el motivo por el cual no existe físicamente la información que requiere, circunstancia que desecha de plano su argumento impugnatorio expuesto contra la decisión sometida a examen.

Ahora, en lo referente a una equivocada aplicación del pronunciamiento de la Superintendencia Financiera, debe advertirse que no se trata de un concepto en estricto sentido sino una respuesta a información solicitada por el señor Alberto Donadio bajo radicado No. 2013072873 del 21 de agosto de 2013<sup>4</sup> en el cual, la Entidad si bien hace referencia al valor probatorio de los recibos de consignación bancaria, también expone que:

*“En ese contexto, frente a su inquietud puntual procede señalar que la normatividad legal que regula los contratos de depósito bancario no establece la exigencia de dejar constancia del nombre de la persona que realiza una consignación en el correspondiente recibo de depósito.*

(...)

---

<sup>4</sup> Fls. 7-6 Cuaderno anexos No. 3.

Tampoco el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contempla una exigencia de tal naturaleza en las disposiciones especiales relativas a las operaciones de los establecimientos bancarios (artículos 7, 8, 9, 124 Y siguientes), ni la misma se encuentra consagrada en el Decreto 2555 de 2010.” (Subraya la Sala)

Según se observa, contrario a lo afirmado por el recurrente, el pronunciamiento de la Superintendencia Financiera expone claramente que el establecimiento bancario no se encontraba obligado a registrar el nombre del depositante en la cuenta ya sea de ahorros o corriente, luego no existe razón para que se hubiese dejado de tener en cuenta o se hubiere mal interpretado dicha fuente auxiliar normativa como herramienta para resolver el asunto examinado, tanto por el funcionario judicial denunciado o por el Tribunal de primera instancia.

De modo que el argumento según el cual se interpretó equivocadamente la pauta de la Superintendencia Financiera de Colombia antes citada, no es acertado y por el contrario es atinado su uso como fuente jurídica interpretativa para considerar que el Banco accionado no contaba materialmente con la información solicitada por el cuentahabiente.

De lo anterior se concluye que el Juez Tercero Civil del Circuito de Neiva no adecuó su conducta al tipo penal consagrado en el artículo 413 de Ley 599 de 2000 bajo su denominación de prevaricato por acción, toda vez que al revocar la sanción por desacato impuesta al gerente de la

zona andina del Banco Caja Social, soportó su decisión en argumentos válidos y ajustados a derecho, con base en elementos probatorios recaudados, circunstancia que hace que se pregone de su conducta la atipicidad tal y como lo expresaron en su momento el Fiscal solicitante de la preclusión y el Tribunal de Primera instancia, pues la determinación no emerge de ningún modo contraria a la ley.

Conforme con las anteriores consideraciones la Sala confirmará la decisión proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 2 de julio de 2015, al hallarse probada la causal de atipicidad del hecho investigado, para precluir la investigación a favor del indiciado.

## **D E C I S I Ó N**

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

## **R E S U E L V E**

**Confirmar** el auto proferido el 2 de julio de 2015 por el Tribunal Superior de Neiva, mediante el cual decretó la preclusión de la indagación seguida contra EDGAR RICARDO CORREA GAMBOA por el delito de Prevaricato por acción.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese 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