



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Proceso número: 47001233100020080035601 (**43805**)
Demandantes: Alonso Vivanco Aguas y otros
Demandada: Nación-Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación directa

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte accionante contra la sentencia del 25 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, que negó las pretensiones de la demanda (f. 248-264, c. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante demanda presentada el 6 de mayo de 2008 (f. 13, c. ppal.), los señores Alonso Vivanco Aguas, Maira Judith Vivanco Castillejo y Verena Isabel Payares Baldovino, esta última quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijas Melissa Paola y Karen del Carmen Vivanco Payares, a través de apoderado judicial, solicitaron se declarara administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación y se accediera a las siguientes declaraciones y condenas (f. 4-5, c. ppal.):

1. Que se declare administrativamente responsable a la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia, Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura¹ por perjuicios materiales y morales causados a mis representados, como consecuencia de la arbitraria e injusta privación de la libertad que fue objeto el señor Alonso Vivanco Aguas (...).

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación Colombiana- Ministerio del Interior y de Justicia, Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, a pagar a los señores Alonso Vivanco Aguas, Verena Isabel Payares Baldovino, Melissa Paola Vivanco Payares; Karen del Carmen Vivanco Payares y Maira Judith Vivanco Castillejo, (...) los perjuicios materiales y morales, así:

2.1 Los perjuicios materiales, incluyendo el daño emergente (...) del señor Alonso Vivanco Aguas, en virtud que él le canceló al Dr. Feliz Elías Paba Rubio la suma de

¹ En la demanda se solicitó la vinculación de la Nación, a través, entre otros, del Consejo Superior de la Judicatura; empero, el a quo al momento de admitir la acción señaló que aquel no se encontraba llamado a representar a la Nación por los hechos de la administración de justicia, por lo que debía entenderse que la demanda se encontraba dirigida contra la Nación a través de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, entidades que fueron notificadas de la acción y concurrieron al proceso.



cinco millones de pesos (\$5.000.000) por concepto de honorarios profesionales a fin de ejercer su defensa técnica.

2.2 Por concepto de perjuicios morales, una indemnización equivalente en pesos colombianos a cien (100) smlmv, a la fecha de ejecutoria del fallo, para cada uno de los demandantes.

3. Los intereses aumentados por la elevación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia del hecho hasta el pago de las obligaciones señaladas en el fallo que ha de recaer.

4. Que se condene a la Nación Colombiana- Ministerio del Interior y de Justicia, Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a pagar a mis poderdantes los intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria del fallo y hasta su cumplimiento (...).

5. Que igualmente se declare al momento de pagar las sumas líquidas por concepto de indemnización de perjuicios materiales, estas deberán reajustarse con base a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos, hasta la ejecutoria de la sentencia de acuerdo a lo establecido en el Art. 178 del C.C.A

6. Que la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia y la Fiscalía General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, están obligados a dar cumplimiento a lo señalado en el fallo, dentro del término establecido en el Art. 176 del C.C.A.

2. Como fundamento fáctico de las pretensiones, los actores señalaron los siguientes hechos que se resumen (f. 5-7, c. ppal.):

2.1 El señor Alonso Vivanco Aguas, quien era concejal de Santa Cruz de Mompox, entre sus muchas actividades de negocio se dedicaba al cambio de cheques y, precisamente haciendo dicha actividad, en el año 2001 procedió a cambiar los títulos valores No. 9742281 y No. 9742279 girados a favor del señor Facundo Bustamante, cuyos valores ascendieron respectivamente a \$18.478.715 y \$11.767.100. El señor Vivanco consignó los cheques en su cuenta bancaria de BBVA.

2.2 El 15 de junio de 2001, el Alcalde Municipal de San Sebastián de Buenavista y el contratista Álvaro Bustamante Facundo entablaron denuncia penal contra desconocidos, por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, prevaricato, concierto para delinquir y falsedad, a raíz del cobro de unos cheques girados por el municipio y que tenían por objeto pagar la suma de \$38.728.400 de un contrato de tuberías.

2.3 Comoquiera que uno de los cheques involucrados en la denuncia penal había sido consignado en la cuenta del señor Vivanco Aguas, la Fiscalía mediante resolución del 23 de mayo de 2001 lo vinculó mediante indagatoria, y el 22 de junio de 2004 definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por la presunta comisión de los punibles de peculado por apropiación y falsedad en documento público, esto último posteriormente fue cambiado o falsedad personal.

2.4 El 16 de julio de 2004 la Fiscalía Décima Seccional de Santa Marta sustituyó la medida intramural por detención domiciliaria, y mediante resolución del 3 de agosto de



2004 ordenó que el señor Vivanco fuese suspendido de su cargo como concejal de Santa Cruz de Mompox.

2.5 El 10 de septiembre de 2004 la referida Fiscalía le concedió al señor Vivanco la libertad provisional; sin embargo, esta decisión fue revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Marta en proveído del 3 de marzo de 2005, aspecto que llevó a que a través de resolución del 16 de julio de 2005 el señor Vivanco volviera a detención domiciliaria.

2.6 Posteriormente, el Juzgado Único Penal del Circuito de El Banco, Magdalena, mediante providencia del 28 de septiembre de 2005 revocó la medida de aseguramiento, y en sentencia del 21 de abril de 2006 absolvió al aquí demandante de todos los cargos al señalar que su conducta “*se limitaba a una negociación de carácter civil, ello dentro del marco habitual de sus negocios*”. Como consecuencia de la privación de la que fue objeto, al actor y su familia se les causaron daños patrimoniales y morales que deben ser resarcidos por la accionada.

2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

2.1 NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Dentro de la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó no constarle los hechos enunciados por los accionantes, los que debían ser probados (f. 118-147, c. ppal.).

La entidad señaló que no incurrió en una falla del servicio, que su actuación estuvo conforme al ordenamiento jurídico y que la privación de la libertad no fue injusta, desproporcionada ni vulneró los procedimientos penales.

En cuanto a la medida de aseguramiento, señaló que esta se impuso en razón a los indicios que existían en contra del señor Vivanco, pues: i) a su cuenta se consignaron dos cheques² que habían sido girados al contratista Álvaro Bustamante, empero éste nunca los recibió y ii) cuando se le indagó por los cheques el aquí demandante señaló que no se acordaba de haber realizado transacciones con dichos títulos valores, ni mucho menos haberlos tenido en su poder, situación que no resultó creíble dado el monto de los mismos, aspecto éste que llevó a que impusiera la medida.

El actor no actuó de una forma prudente, pues una persona de su mismo oficio estando en las mismas circunstancias -a pesar del principio de libre circulación de los títulos valores- habría sido más cuidadosa y prudente, máxime cuando estos provenían de recursos públicos. Propuso como excepciones la caducidad de la acción, la culpa exclusiva de la víctima y la culpa determinante de un tercero.

² En la contestación de la demanda, la Fiscalía habla de dos cheques, empero, una revisión a las copias del proceso penal allegado al plenario da cuenta que en realidad al actor se le investigó únicamente por la consignación de un cheque.



2.2 NACIÓN-RAMA JUDICIAL. Dentro de la oportunidad legal, la entidad contestó la adición de la demanda y se opuso a las pretensiones de la acción al considerar que no se encontraba demostrada la privación injusta del actor y, en todo caso, quien se encontraba llamada a responder patrimonialmente era la Fiscalía General de la Nación. Propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva (f. 191-195, c. ppal.).

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 11 de agosto de 2011, el Tribunal Administrativo de Magdalena declaró infundadas las excepciones de caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva y negó las pretensiones de la demanda³ (f. 248--264, c. ppal.).

Como argumentos de su decisión, el *a quo* luego de hacer un recuento de los medios probatorios allegados al expediente, señaló que contrario al dicho del señor Vivanco Aguas de que estuvo privado de la libertad por un lapso de diez meses, de las resoluciones del 16 de julio de 2004 y 3 de agosto de dicha anualidad proferidas por la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales, se puede deducir que en realidad estuvo en detención domiciliaria desde el 3 de agosto de 2004 hasta el 10 de septiembre del mismo año, esto es, un mes y siete días.

Ahora, frente a dicha detención, el Tribunal señaló que estaba demostrada la culpa de la víctima, por cuanto si bien se demostró que el señor Vivanco estuvo detenido a órdenes de la Fiscalía, no lo es menos que la medida de aseguramiento obedeció a que aquel *“no obró en debida forma, o mejor en lo que era jurídicamente explicable en el marco de los deberes que le impone vivir en sociedad”*.

Lo anterior, pues de las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que el aquí actor fue la persona que cambió y consignó un cheque librado por la alcaldía municipal de San Sebastián; empero, al ser llamado en indagatoria no ofreció una explicación razonada, coherente y con suficiente credibilidad sobre la forma en que el cheque terminó en su cuenta de ahorros, limitándose a manifestar que no se acordaba de la transacción, la que de por sí no podía pasar desapercibida dado el alto valor de la misma, aspecto este que llevó a la Fiscalía a dictar la medida de aseguramiento. Con su actuación, el señor Vivanco asumió un riesgo, máxime cuando tenía posibilidad de conocer el peligro que afrontaba con su actuar.

De igual forma, además de la falta de explicaciones por parte del señor Vivanco, el ente investigador dictó la medida de aseguramiento habida cuenta que se estableció probatoriamente que el cheque no era uniprocedente con las muestras grafológicas del beneficiario Álvaro Adolfo Bustamante Facundo –aspecto que también sucedía con otros cheques girados a favor de aquel- y, el hecho de que se le haya otorgado la libertad provisional obedeció a que se reintegró parte de la suma de dinero objeto de hurto.

³ La Sala observa de igual forma que el Tribunal en el resuelve declaró infundada la excepción de culpa de la víctima, empero, en las consideraciones la tuvo por demostrada.



El que el demandante fuese absuelto no implica que la entidad deba ser condenada, pues no se demostró una falla en la prestación del servicio de administración de justicia.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena y solicitó su revocatoria conforme los siguientes argumentos (f. 277-285, c. ppal.):

1.1 El Tribunal señaló que el actor estuvo privado de la libertad un mes y siete días, cuando en realidad la detención fue de diez meses.

1.2 Dentro del expediente penal se tiene constancia que el señor Bustamante Facundo autorizó a una persona de su exclusiva confianza para retirar los cheques contentivos del pago por su labor como contratista del municipio, empero, el señor Bustamante pese a ello actuó de forma temeraria e interpuso una denuncia penal, cuando sabía que la persona a la que autorizó fue la que endosó los cheques. La anterior situación debía haber sido establecida por la Fiscalía dentro de la investigación.

1.3 Contrario a lo dicho por el *a quo*, la medida de aseguramiento no cumplió con los fines ni presupuestos de los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, pues: i) el señor Vivanco era un reconocido concejal de Santa Cruz de Mompox que acudiría al proceso, no se fugaría y no hacía actividades delictuosas y ii) no existían los dos indicios de responsabilidad para imponer la medida. La entidad tuvo como fundamento únicamente la denuncia penal –la que no era un indicio- y, de igual forma, tampoco se cumplieron los presupuestos del artículo 397 del C.P.P. para dictar la acusación.

1.4 Lo único que hizo el señor Vivanco fue cambiar un cheque girado por la tesorería municipal de San Sebastián en favor del señor Bustamante, sin embargo, ello fue dentro del giro ordinario de sus negocios, de tal forma que su actuación no podía, ni puede considerarse un indicio grave en su contra.

1.5 El *a quo* en la sentencia desconoció la explicación lógica que el actor dio en el proceso penal, y que fue acreditada por el juez de la causa.

1.6 De ninguna manera se puede indicar que el señor Alonso Vivanco asumió un riesgo, ni que fue responsable de los hechos, pues *“no conocía la existencia de un riesgo el hecho de cambiar un cheque endosado a su beneficiario, como fue el que le entregaron (...) para hacer esta negociación comercial o civil no necesitaba hacer mayores*



elucubraciones”. Cuando el señor Vivanco cambió el cheque no existía información alguna de que los cheques eran hurtados, los que al fin de cuentas no lo habían sido.

1.7 Demostrado el daño antijurídico, la entidad debe responder patrimonialmente, pues de igual forma se demostró la actuación estatal y su nexo causal con el daño infligido.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La Fiscalía presentó alegatos en los que solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia, máxime cuando se evidenció que la entidad sí contaba con dos indicios de responsabilidad y la medida y la acusación fueron ajustadas (f. 293-296, c. ppal.). La parte actora, la Nación-Rama Judicial y el agente del Ministerio Público por su parte guardaron silencio durante esta etapa procesal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Competencia

La Sala es competente⁴ para proferir esta providencia por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en vigencia de la Ley 270 de 1996 contra una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal dentro de un proceso de reparación directa por hechos de la administración de justicia⁵ en la que se busca la responsabilidad extracontractual de la Nación-Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación⁶.

1.2. La legitimación en la causa

Toda vez que el señor Alonso Vivanco Aguas es la persona que fue el afectado directo con la actuación de la entidad pública demandada (c. 1-c.4 proceso penal), se encuentra legitimado para reclamar los perjuicios derivados de la misma. Así mismo, las accionantes Verena Isabel Payares Baldovino, Melissa Paola Vivanco Payares, Karen del Carmen Vivanco Payares y Maira Judith Vivanco Castillejo se encuentran legitimadas por

⁴ El numeral 1º del artículo 129 del C.C.A., subrogado por la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia a esta Corporación, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos.

⁵ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00.

⁶ El artículo 86 del C.C.A. prescribe que la acción de reparación directa constituye la vía procesal conducente para buscar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada a través de las entidades que la representan, como consecuencia de los hechos descritos en las demandas acumuladas.



encontrarse demostrados sus lazos de parentesco consanguíneo con el citado demandante⁷.

Las relaciones de parentesco entre quien sufrió la privación de la libertad con las demás accionantes, en principio, las legitima para actuar, en tanto de ellos se presume la existencia de un perjuicio moral.

De otro lado, sobre la legitimación en la causa por pasiva, se constata que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que correspondieron a la Fiscalía General de la Nación, de manera que la Nación, representada por tal entidad, se encuentra legitimada como parte demandada en el asunto de la referencia; cosa diferente es la responsabilidad que pueda tener la accionada a través de su representada, por lo que la misma debe ser analizada de fondo.

1.3. La caducidad

Puesto que la investigación No. 2005-0051 en contra del señor Alonso Vivanco Aguas culminó una vez se dictó a su favor sentencia absolutoria del 21 de abril de 2006, encuentra la Sala que mediante oficios No. 835 del 11 de mayo de 2017 (f. 329, c. ppal.)⁸, el secretario del Juzgado Penal del Circuito de El Banco Magdalena certificó que ésta *“quedó legalmente ejecutoriada para la fecha del cinco (5) de mayo de 2006 (...) contra la referida sentencia no se interpuso recurso alguno”*.

Así las cosas, toda vez que la sentencia absolutoria quedó ejecutoriada el 5 de mayo de 2006 y la demanda se presentó el 6 de mayo de 2008 (f. 13, c. ppal), se tiene que la misma fue presentada dentro de los dos años que establece el artículo 136 del C.C.A, con la modificación que le introdujo el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1 En relación con los hechos de que trata el proceso, obran las pruebas aportadas por las partes y las allegadas por orden del *a quo*, sobre las que la Sala hace las siguientes precisiones:

2.2.1 Si bien es cierto que en el expediente obran algunos documentos en copia simple, estos podrán ser valorados por cuanto estuvieron a disposición de las partes y no fueron

⁷ Con los registros civiles aportados, se encuentra demostrado que la señora Verena Isabel Payares Baldovino es la cónyuge del señor Alonso Vivanco Aguas (f. 17, c. ppal.), mientras que Melissa Paola Vivanco Payares, Karen del Carmen Vivanco Payares y Maira Judith Vivanco Castillejo son su hijas (f. 14-16 c. ppal.).

⁸ Mediante auto de mejor proveer del 5 de diciembre de 2016 (f. 316, c. ppal.), esta Sala ordenó por Secretaría de la Sección se oficiara al Juzgado Penal del Circuito de El Banco Magdalena, para que se sirviera allegar al plenario una constancia de ejecutoria de la sentencia del 21 de abril de 2006, dictada dentro del proceso No. 2005-0051. El referido juzgado mediante el oficio señalado dio respuesta a lo solicitado por esta Corporación, lo que se tendrá en cuenta como prueba, pues de ello se dio traslado a las partes.



tachados de falsos. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación en fallo de unificación de jurisprudencia⁹, consideró que las copias simples tendrán mérito probatorio, en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no hubiere sido cuestionada a lo largo del proceso. Adujo la Sala que una interpretación contraria implicaría afectar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

2.2.2 En el plenario reposa la copia auténtica del proceso penal No. 2005-55 adelantado en contra del señor Alonso Vivanco Aguas por los presuntos delitos de peculado por apropiación, prevaricato, concierto para delinquir y falsedad documental (c. anexo 1 a c. anexo 4), el que será apreciable sin limitación alguna en armonía con el principio de lealtad procesal, ya que si bien su traslado solo fue solicitado por la parte actora y la Nación-Fiscalía General de la Nación, una vez allegado, se puso a disposición de todos los sujetos procesales para que se surtiera el principio de contradicción y defensa¹⁰.

2.2.3 Dentro las piezas aportadas al plenario reposa la indagatoria rendida por el señor Alonso Vivanco Aguas, la que será valorada habida cuenta que se cumple con uno de los presupuestos conforme a los cuales esta Corporación, excepcionalmente, ha considerado su carácter probatorio; cual es que a pesar de carecer del apremio de juramento, fue practicada por la entidad aquí demandada, fue conocida por ambas partes y su incorporación fue solicitada por la parte actora, sin oposición de la accionada.

3. PROBLEMA JURÍDICO

3.1 Teniendo en cuenta el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar: i) el tiempo de privación que soportó el Alonso Vivanco Aguas y ii) si dicha detención es responsabilidad de la Nación a través de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación o, si como lo alega la entidad demandada, aquella no le es atribuible.

3.2 En caso de que se decida que es procedente la declaración de responsabilidad de la entidad accionada, es necesario que la Sala determine, en virtud del recurso de apelación¹¹, si hay lugar a reconocer la indemnización por perjuicios solicitada por la parte actora.

4. HECHOS PROBADOS

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de jurisprudencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081(REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁰ La parte actora solicitó el traslado del proceso penal (f. 13-14, c. ppal), aspecto a lo que coadyuvó la Nación-Fiscalía General de la Nación (f. 147, c. ppal). Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Aunque la accionada en el recurso no se pronunció en forma expresa frente a los perjuicios, la Sala entiende que estos hacen parte del recurso de apelación, en virtud de la máxima que señala que “quien puede lo más, puede lo menos”.



De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

4.1. A principios del año 2000, entre el municipio de San Sebastián de Buenavista (Magdalena)¹² y el arquitecto Álvaro Adolfo Bustamante Facundo se celebraron los contratos de suministros No. 001 y No. 002, por valores respectivamente de \$38.728.400 y \$39.536.24, mediante los cuales, el señor Bustamante se obligaba a abastecer al ente territorial de la tubería para las redes principales de los acueductos del barrio Santa Rosa y el corregimiento del Seis en un plazo de 30 días¹³.

4.2. Una vez se suministraron las tuberías, el señor Bustamante mediante cartas del 13 de junio de 2000 y 13 de julio de la misma anualidad, le informó a la alcaldía municipal de San Sebastián (Magdalena) que autorizaba al señor William Dovale Martínez para que en su nombre le fueran entregados los cheques de pago correspondientes al: i) el 50% del valor del anticipo del contrato de suministro No. 001 de 2000, ii) el 50% del saldo final del contrato de suministro No. 002 de 2000 y iii) el 50% del saldo final del contrato de suministro No. 01 de 2000. El señor Bustamante hizo reconocimiento de su firma en las referidas cartas ante la Notaría Única de Santa Cruz de Mompox (Bolívar)¹⁴.

4.3. Con el fin de pagar las sumas de dinero acordadas en los dos contratos referidos, el tesorero del municipio de San Sebastián giró varios cheques, siendo uno de ellos el correspondiente al No. 9742281 del 17 de julio de 2000 por valor \$18.486.793, el que se suscribió con la finalidad de pagar el 50% del saldo final del contrato de suministro No. 2. Lo anterior, según se indicó en la orden de pago No. 534 del 16 de junio de 2000, y en la cual reposa una rúbrica del señor Bustamante en la que se señaló que “recibió de conformidad”¹⁵.

4.4. El 15 de junio de 2001, luego de los anteriores hechos, el señor Emiro Ospino Arce, como nuevo alcalde del municipio de San Sebastián (Magdalena) junto con el señor Álvaro Adolfo Bustamante Facundo, formularon denuncia penal contra personas indeterminadas por los presuntos delitos de peculado por apropiación, prevaricato, concierto para delinquir y falsedad, al señalar que varios de los cheques que fueron girados en favor del señor Bustamante realmente nunca fueron recibidos por aquel, sino que fueron entregados a desconocidos quienes le falsificaron su firma y los endosaron para luego ser cobrados por terceros “sin conocimiento del titular”¹⁶.

¹² Para esta fecha el alcalde del municipio era el señor Abel Martínez Martínez, mientras que el tesorero era el señor Jorge Surmay (f. 80, c. 1 anexo).

¹³ Contrato de suministro No. 001 (f. 36-38, c. 1 anexo), contrato de suministro No. 002 (c. 1 anexo.)

¹⁴ Carta del 13 de junio de 2000 (f. 160 y 227 c. 1 anexo, f. 307, c. 2 anexo 2), carta del 13 de julio de 2000 (f. 544 c. 4 anexo).

¹⁵ Orden de pago No. 534 del 16 de junio de 2000 (f. 46, c. 1 anexo), cheque No. 9742281 por valor de \$18.486.796 (f. 47, 88, 142 y 265 c. 1 anexo).

¹⁶ Denuncia penal del 15 de junio de 2001 (f. 1-5, c. 1 anexo), ampliación de denuncia del 5 de septiembre de 2001 del señor Emiro Ospino Arce (f. 60-61, c. 1 anexo).



4.5. En cuanto al cheque No. 9742281 del 17 de julio de 2000 por valor \$18.486.793, el señor Bustamante en la denuncia indicó que si bien había firmado la cuenta de cobro en la que afirmó haber recibido el título valor de conformidad, la verdad era que el *“cheque nunca le fue entregado por la tesorería, ya que se le dijo por el tesorero municipal que en el momento se había agotado la chequera y le correspondía solicitarla en Momos en el banco Ganadero en donde tenían las cuentas”*, y que el tiempo pasó y el título valor nunca le fue entregado; empero, con el cambio de administración determinó que el cheque sí había sido girado y el dinero le fue hurtado, pues nunca lo recibió¹⁷.

Así mismo, en ampliación de denuncia, señaló que había investigado y determinado que el cheque No. 9742281 había sido consignado en una cuenta que el señor Alonso Vivanco Aguas poseía en el banco Ganadero y, que el señor Vivanco vivía en Mompos donde era concejal y como actividades particulares se dedicaba al comercio, tenía un negocio de calzado y prestaba dinero a interés¹⁸.

4.6. La denuncia penal correspondió por reparto en forma inicial a la Fiscalía Primera Subunidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública de Santa Marta, que mediante resolución del 22 de junio de 2001 dio apertura a la instrucción y, con el fin de determinar si los hechos denunciaron existieron y se cometió un punible, dispuso escuchar en indagatoria, entre otros, al señor Jorge Surmay, quien para la época de los hechos objeto de denuncia había fungido como tesorero municipal de San Sebastián (Magdalena)¹⁹.

4.7. El señor Jorge Alberto Surmay Cantillo en indagatoria del 14 de enero de 2002 señaló que era falso que los cheques no se habían entregado al señor Bustamante y, que por el contrario, recordaba que algunos títulos valores le fueron entregados en forma personal mientras que los demás se le entregaron a la persona *“autorizada por él cuando hubo recursos”*, circunstancia esta de la cual existía constancia en la tesorería, en la que además debía reposar el poder del señor Bustamante²⁰.

4.8. Comoquiera que el cheque No. 9742281 había sido consignado en la cuenta del señor Alonso Vivanco Aguas en el Banco Ganadero, la Fiscalía ordenó el testimonio de aquel, lo cual se hizo efectivo el 22 de febrero de 2002. En su declaración, el señor Vivanco señaló que tenía un negocio de cambio de cheques y le llegaban varios de diferentes municipios, que le cambiaba entre otros a profesores, empleados y contratistas y, en relación al No. 9742281 expresó que realmente no lo recordaba²¹.

¹⁷ ibídem.

¹⁸ Ampliación de denuncia del 5 de septiembre de 2001 (f. 62-62, c. 1 anexo).

¹⁹ Resolución del 22 de junio de 2001 (f. 49-50, c. 1 anexo).

²⁰ Indagatoria del señor Jorge Alberto Surmay Cantillo (f. 114-119, c. 1 anexo).

²¹ Declaración del 22 de febrero de 2002 (f. 139, c. anexo 1).



4.9. Ese mismo 22 de febrero de 2002, la Fiscalía²² realizó una inspección judicial al Banco Ganadero en la sucursal de Santa Cruz de Mompox y, en la misma, el Gerente de la entidad bancaria expresó que el cheque No. 9742281 por valor de \$18.846.793 había sido recibido por el cajero Edgardo Cassaleth y, que entre las medidas de seguridad del banco para el pago de los cheques por ventanilla consistían en *“la verificación de las firmas del girador del cheque, los endosos y la autenticidad del documento mediante la prueba del SONITE y la lámpara ultravioleta”*²³. En cuanto al cheque No. 9742281 se encontró que aparecía consignado el 17 de julio de 2001 en la cuenta No. 3995-8 y endosado por el señor Álvaro Bustamante identificado C.C No. 9276435²⁴.

De igual forma, en inspección realizada con posterioridad, el Gerente del Banco Ganadero sucursal Santa Cruz de Mompox señaló que el señor Vivanco poseía en la entidad cuatro cuentas, una de las cuales correspondía a la cuenta de ahorros No. 604000200039958²⁵.

4.10. Toda vez que el señor Bustamante afirmó que no había recibido los cheques y su firma había sido falsificada en el endoso de los títulos valores, uno de los cuales había sido consignado en la cuenta del señor Vivanco, la Fiscalía Primera Seccional de Santa Marta mediante Resolución del 22 de marzo de 2002 dispuso, entre otros: i) el cotejo grafológico de la firma que aparecía endosando el cheque No. 9742281 con la rúbrica que el señor Bustamante reconocía como suya en diferentes documentos obrantes en el proceso penal y ii) escuchar en indagatoria al señor Alonso Vivanco²⁶.

4.11. El 23 de mayo de 2002 el aquí actor fue escuchado en indagatoria y durante la misma, en relación al cheque No. 9742281 expresó que *“viendo el cheque en su reverso no aparece mi firma de endoso de cobro por ventanilla o mi número de cuenta para consignación”*, y que en todo caso no recordaba la transacción, ni haber tenido el título valor en su poder²⁷.

4.12. Concluida la indagatoria no se tomó ninguna determinación respecto de la situación jurídica del señor Vivanco, por lo que aquel continuó libre.

4.13. El 14 de agosto de 2002, el laboratorio de investigación científica del C.T.I informó que al comparar la firma endosante estampada en el reverso del cheque No. 9742281 con la muestra manuscritural del señor Bustamante, se tenía que no era uniprocedente. Esto es, que su firma había sido falsificada en el título valor²⁸.

²² Quien realizó la diligencia de inspección fue la Fiscalía Delegada Veinticinco ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Cruz de Mompox comisionada por la Fiscalía Primera Seccional de Santa Marta.

²³ Inspección judicial del 22 de febrero de 2002 (f. 140-141, c. 1 anexo).

²⁴ Lo anterior también fue señalado en oficio del 19 de agosto de 2003 (f. 357, c. 2 anexo).

²⁵ Inspección judicial del 16 de mayo de 2002 (f. 248, c. 1 anexo).

²⁶ Resolución del 22 de marzo de 2002 (f. 161-162, c. 1 anexo).

²⁷ Indagatoria del 23 de mayo de 2002 del señor Alonso Vivanco Aguas (f. 194-195, c. 1. anexo).

²⁸ Informe grafológico No. 2433 del 14 de agosto de 2002 (f. 300-302 c. 2 anexo).



4.14. El 8 de noviembre de 2002, el Procurador 164 Judicial II penal solicitó a la Fiscalía Primera Seccional se procediera a resolver la situación jurídica, entre otros, del señor Alonso Vivanco Aguas²⁹.

4.15. El 11 de marzo de 2003, la Fiscalía Primera Subunidad contra la Administración Pública de Santa Marta ordenó entre otros, escuchar nuevamente en ampliación de indagatoria al señor Alonso Vivanco con la única finalidad de practicarle muestras grafológicas, aspecto que se llevó a cabo el día 13 de agosto de 2003³⁰.

4.16. En agosto de 2003, el Fiscal Primero Subunidad Delegado ante los Jueces Penales de Santa Marta se declaró impedido para continuar el conocimiento de la investigación, por lo que esta paso a manos de la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta, que en resolución del 22 de junio de 2004 resolvió la situación jurídica del señor Alonso Vivanco con detención preventiva sin beneficio de excarcelación como cómplice del delito de peculado por apropiación y falsedad en documento público³¹.

4.17. En sus consideraciones, la Fiscalía señaló que: i) se encontraba demostrado que *“a través de estudio grafológico, que las firmas a nombre de Álvaro Adolfo Bustamante Facundo que aparecen estampadas en los cheques números (...) 9742281 no se corresponden con las muestras manuscriturales tomadas a este, lo que equivale a decir que fueron falsificadas”*, ii) que el cheque No. 9742281 fue “diligenciado” por terceras personas, iii) que este título valor *“fue entregado por Abel Martínez al señor Javier Nájera en pago a la compra de 35 novillas que aquel hiciera a este, tal como lo manifiesta el señor Nájera en su injurada, en la que si bien dice no precisar numero ni valor del cheque, sí sabe que el titulo valor venia endosado a nombre de Bustamante, cheque que fue consignado el 17 de julio del 2000 a la cuenta de ahorros No. 604-03995-8 del que es titular Álvaro Vivanco”* y iv) que si bien el señor Vivanco manifestó ser ajeno a los hechos que se investigan, el que a su cuenta se le consignara el título valor evidenciaba que no era *“ajeno al hecho investigado”*, dado la cuantía del cheque.

4.18. Comoquiera que el señor Vivanco se encontraba residiendo en el municipio de Santa Cruz de Mompo, la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta en la resolución en comento dispuso que para hacer efectiva la medida impuesta al sindicado, se debía librar la respectiva orden de captura y el 22 de junio de 2004 suscribió el formato de medida de aseguramiento No. 1767575³².

²⁹ Escrito del 8 de noviembre de 2002 (f. 319-320, c. 2 anexo).

³⁰ Resolución del 11 de marzo de 2003 (f. 348, c. 2 anexo), diligencia de ampliación de indagatoria del 13 de agosto de 2003 (f. 513, c. 2 anexo).

³¹ Impedimento del Fiscal Primero Sub Unidad de Delitos contra la Administración Pública (f. 489-490, c. 2 anexo), proveído por el cual se avoca el conocimiento de la investigación (f. 494, c. 2 anexo), resolución del 22 de junio de 2004 (f. 29-43, c. ppal.).

³² Resolución del 22 de junio de 2004 (f. 29-43, c. ppal), formato de medida de aseguramiento No. 1767575 del 22 de junio de 2004 (f. 27, c. 3 anexo).



4.19. El 1 de julio de 2004, el apoderado del señor Alonso Vivanco Aguas le solicitó a la Fiscalía investigadora se revocara la resolución de detención preventiva que se había ordenado en contra de su prohijado³³.

4.20. El 9 de julio de 2004, investigadores del DAS le informaron a la Fiscalía Décima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta que a la fecha no se había podido dar cumplimiento a la orden de captura, pues *“por razones de orden público, para realizar desplazamientos a los municipios de Santa Cruz de Mompox – Bolívar y San Sebastián-Magdalena es necesario una previa coordinación de las actividades a realizar con las demás entidades de orden público”*³⁴.

4.21. Posteriormente, mediante Resolución del 16 de julio de 2004, la Fiscalía revocó parcialmente la Resolución del 22 de junio de 2004 y sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria al considerar que en virtud del principio de favorabilidad, la adecuación típica del punible investigado era la falsedad personal y no la falsedad en documento público, ya que el título valor sí era original, empero, la falsedad se había cometido en el endoso. Concretamente, el ente investigador señaló que³⁵:

[S]iendo el contenido de los cheques auténticos y habiendo sido estos girados por quienes estaban facultados para hacerlo, no podemos sostener que se trate de documento público falso, ya que corresponde a información verídica y autentica, habida cuenta que en ellos el municipio de San Sebastián reconoce la obligación de pago al contratista con los que pretendía cubrir el cincuenta por ciento restante de los contratos y de otra liquida la retención en la fuente por tales contratos, además fueron expedidos por el ordenador del gasto, lo que desdibuja et presunto delito de documento público falso, cosa diferente es que siendo los títulos valores auténticos exista falsedad en el endoso, conducta que como lo sostiene los memorialistas constituye delito de Falsedad personal, que acorde con la legislación penal vigente aplicable por favorabilidad, no requiere que se resuelva situación jurídica.

En virtud de lo anterior es preciso señalar que debemos revocar parcialmente la resolución calendada el 22 de junio pasado, mediante la cual se les resolvió situación jurídica a los aquí sindicados por el delito de Falsedad en documento público, por cuanto este delito no logra configurarse y en aplicación del principio de favorabilidad no habría lugar a resolverles situación jurídica a los sindicados por el delito de Falsedad Personal.

4.22. En la parte resolutive de la decisión del 16 de julio de 2004, la Fiscalía dispuso que a efectos de cumplir con la detención domiciliaria, el señor Vivanco debía constituir una caución en cuantía de dos salarios mínimos legales vigentes y suscribir acta de compromiso³⁶.

4.23. Posteriormente, mediante resolución del 3 de agosto de 2004, la Fiscalía dispuso que a efectos de que el señor Alonso Vivanco Aguas cumpliera la detención domiciliaria, debía oficiarse al Concejo Municipal de Santa Cruz de Mompox para que procediera a

³³ Memorial del 1 de julio de 2004 (f. 56-63, c. 3 anexo).

³⁴ Informe No. 4201 DAS.SMAG.GOPE 247 del 9 de julio de 2004 (f. 92, c. 3 anexo).

³⁵ Resolución del 16 de julio de 2004 (f. 44-58, c. ppal y f. 78-87, c. 3 anexo).

³⁶ *Ibidem*.



suspenderlo de sus funciones, así como al director de la cárcel municipal del ente territorial para que dispusiera personal a fin de vigilar el cumplimiento de la detención domiciliaria que se había ordenado³⁷.

4.24. El 5 de agosto de 2004, la Secretaría de la Unidad II Fiscalía Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito informó a que dicha fecha el señor Alonso Vivanco Aguas no había aportado el correspondiente recibo de consignación de caución prendaria, así como tampoco había suscrito la diligencia de compromiso de detención domiciliaria³⁸.

4.25. El 3 de septiembre de 2004, el apoderado del señor Vivanco solicitó a la Fiscalía se revocará la orden de detención domiciliaria que se había proferido en contra de aquel y, en su lugar, se dispusiera en resolución su libertad. Lo anterior, pues debía considerarse que el señor Vivanco adquirió el título valor de buena fe luego de su emisión, no conocía al señor Bustamente y no tenía forma de establecer que el endoso – aparentemente suscrito por el señor Bustamente- no correspondía a la rúbrica de aquel y, además, debía tenerse en cuenta que el cheque provenía del municipio de San Sebastián en el departamento del Magdalena, mientras que el señor Vivanco se encontraba residenciado en el municipio de Santa Cruz de Mompox en el departamento de Bolívar, lugar donde se consignó el título fue consignado³⁹.

Así mismo, en el mismo memorial, el abogado del señor Vivanco, quien también era apoderado del señor Jorge Surmay Cantillo, otro de los investigados, aportó una consignación realizada por su prohijado por valor de \$18.754.852 referente al cheque No. 9742280.

4.26. La Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta, mediante resolución del 10 de septiembre de 2004 accedió a la petición del apoderado del señor Vivanco y ordenó su libertad provisional, previa suscripción de caución y suscripción de acta de compromiso⁴⁰.

En sus consideraciones, la Fiscalía señaló que comoquiera que el señor Surmay había retornado el valor del cheque No. 9742280, era el señor Alonso Vivanco la persona más beneficiada, así:

*Hay que anotar que el más beneficiado con el reintegro es el sindicado ALONSO VIVANCO AGUAS, **por cuanto el valor devuelto corresponde precisamente al cheque que consigno en su cuenta personal**, lo que le hace merecedor a una disminución de mitad de la pena prevista para el cómplice en atención a la cuantía, lo que arroja un monto de 2 años y seis meses, pena que le permite acceder al derecho de libertad provisional en estricta interpretación de lo consagrado en el numeral 1 y 8*

³⁷ Resolución del 3 de agosto de 2004 (f. 16-19, c. ppal y f. 130-133, 140-143 c. 3 anexo).

³⁸ Informe Secretarial del 5 de agosto de 2004 (f. 102, c. 3 anexo).

³⁹ Memorial del 3 de septiembre de 2004 (f. 114-112, c. 3 anexo).

⁴⁰ Resolución del 10 de septiembre de 2004 (f. 59-69, c. ppal, f. 194-204, c. 3 anexo y f. 194-204, c. 4 anexo).



del artículo 365 del código de procedimiento penal, en armonía con el 63 del código penal actual –Negritillas fuera de texto-.

4.27. Posteriormente, mediante resolución del 28 de febrero de 2005, la Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta profirió resolución de acusación en contra del señor Alonso Vivanco Aguas como cómplice del delito de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, al indicar que i) el cheque No. 9742281 fue consignado en su cuenta y ello por sí solo *“prueba que no es ajeno al hecho que se investiga y por el que debe ser llamado a responder”*, ii) la rúbrica en el endoso del señor Bustamante era falsa y iii) a sabiendas que el cheque procedía del municipio de San Sebastián consintió en recibirlo y consignarlo.

De otro lado, en la resolución, la Fiscalía advirtió que a la fecha el señor Vivanco no había aún consignado la caución que le fue impuesta, por lo que lo conminó a pagarla⁴¹.

4.28. Luego de lo anterior, mediante decisión del 10 de marzo de 2005, la Fiscalía adicionó la resolución de acusación en el sentido de dictar detención domiciliaria al señor Vivanco, así⁴²:

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial (...) confirmó los pronunciamientos de esta fiscalía, con la única variante que revocó la libertad provisional concedida al sindicado Alonso Vivanco Aguas, lo que constituye el motivo de este pronunciamiento, pues es preciso darle cumplimiento a lo resuelto por el superior y ordenar que el sindicado Alonso Vivanco Aguas cumpla con la detención domiciliaria concedida mediante resolución del 16 de julio del año anterior, por haberse revocado la libertad provisional que disfrutaba, para esto previamente debe prestar caución prendaria en la cuantía y forma que señala el proveído en mención y suscribir la diligencia de compromiso de que trata el numeral 3 del artículo 38 del código penal.

Así mismo, el ente investigador dispuso que para efectos de cumplir la detención domiciliaria, debía oficiarse i) al concejo municipal de Santa Cruz de Mompox para que procediera a la suspensión del señor Vivanco y ii) al director de la cárcel municipal para que se vigilara el cumplimiento de medida.

4.29. En cumplimiento de la resolución precitada, en oficio No. 329 del 30 de marzo de 2005, la Fiscalía comisionada 25 Seccional de Santa Cruz de Mompox, le informó al presidente del Concejo Municipal que *“en contra del concejal Alonso Vivanco Agua, la fiscalía 10 Delegada ante los jueces penales del circuito de Santa Marta, ordenó mediante providencia del 10 de marzo de la presente anualidad, la suspensión de esta persona como concejal del municipio de Santa Cruz de Mompox, como es en los actuales momentos, para que a partir de la fecha lo suspenda de las funciones de tal cargo, noticiándolo de lo pertinente, tal como lo ordena el artículo 358 del Código de*

⁴¹ Resolución del 28 de febrero de 2005 (f. 70-88, c. ppal, f. 283-301, c. 3 anexo, f. 355-373 c. 4 anexo).

⁴² Resolución del 10 de marzo de 2005 (f. 20-21, c. ppal, f. 311-312, c. 2 proceso penal y f. 384-385, c. 4 anexo).



*Procedimiento Penal, cumple cumplir con lo aquí ordenado, so pena de incurrir en faltas sancionables*⁴³.

4.30. De otro lado, en oficio del 30 de marzo de 2005, la Fiscalía 25 Seccional de Santa Cruz de Mompox le solicitó al jefe de la Unidad de Investigación Judicial SIJIN que “*en cumplimiento a un comisorio proveniente de la Fiscalía 10 Delegada ante los jueces promiscuos del circuito de Santa Marta, procedemos a encomendarlo, de que el señor Alonso Vivanco AGUA (...) cumplan a cabalidad con la detención domiciliaria que están obligados a cumplir en su residencia*”⁴⁴.

4.31. El 1 de abril de 2005 el señor Vivanco Aguas consignó lo correspondiente a la caución prendaria dictada en resolución del 10 de marzo de 2005, y el 4 de abril de 2005 suscribió la respectiva diligencia de compromiso a efectos de cumplir la detención domiciliaria⁴⁵.

4.32. Mediante oficio del 6 de abril de 2005, el presidente del Concejo Municipal de Santa Cruz de Santa Cruz de Mompox le informó a la Fiscalía que mediante resolución de dicha fecha procedió a suspender al señor Vivanco Aguas de sus labores como concejal⁴⁶.

4.33. En firme la resolución de acusación y la decisión que la adicionó, el proceso pasó a manos del Juzgado Penal del Circuito del Banco (Magdalena), el que en auto del 28 de septiembre de 2005 revocó la medida de aseguramiento que pesaba en contra del señor Alonso Vivanco Aguas y, en su lugar, le concedió el beneficio de la libertad provisional⁴⁷.

4.34. A efectos de dar cumplimiento a lo anterior, el Juzgado Penal del Circuito del Banco Magdalena en oficios de la misma fecha –esto es, del 28 de septiembre de 2005–, le informó al Comandante del Distrito Judicial de Policía de Santa Cruz de Mompox y al presidente del Concejo Municipal de dicho ente territorial, que a partir de la fecha el señor Vivanco se encontraba en libertad y podía retornar a sus actividades normales⁴⁸.

4.35. El 14 de octubre 2005, encontrándose el proceso penal en manos del Juzgado Penal del Circuito de El Banco (Magdalena), el señor Álvaro Adolfo Bustamante Facundo presentó un escrito ante dicho despacho en el que informó que hacía pocos días había acudido a su residencia el señor William Dovale Martínez, quien le confesó que: i) había retirado en lugar del señor Bustamante los cheques que el municipio de San Sebastián

⁴³ Oficio No. 329 del 30 de marzo de 2005 (f. 391, c. 4 anexo).

⁴⁴ Oficio del 30 de marzo de 2005 (f. 392, c. 4 anexo).

⁴⁵ Consignación del 1 de abril de 2005 (f. 396, c. 3 anexo), acata de compromiso del 4 de abril de 2005 (f. 396, c. 4 anexo).

⁴⁶ Oficio del 6 de abril de 2005 (f. 403, c. 4 proceso penal), resolución del 6 de abril de 2004 (f. 404-405, c. 4 anexo).

⁴⁷ Proveído del 23 de agosto de 2005 por el cual el Juzgado Penal del Circuito de El Banco Magdalena acogió el conocimiento del proceso (f. 437, c. 4 anexo), auto del 28 de septiembre de 2005 (f. 88-92, 93-96 c. ppal y f. 465-468 c. 4 anexo).

⁴⁸ Oficios del 28 de septiembre de 2005 (f. 464, 469 y 470 c. 4 anexo).



había girado para pagar los contratos de suministro de tuberías, ii) que una vez retiró los títulos valores los puso en circulación y confiaba en que podía devolver el dinero sin que el señor Bustamante se diera cuenta, iii) que al no poder reunir la suma de dinero guardó silencio, iv) que estuvo durante mucho tiempo reuniendo la suma de la cual se había apropiado, v) que hacía pocos días la había logrado reunir y por tanto se la devolvió y vi) que no se podía condenar a las personas que estaban siendo investigadas, pues estas eran inocentes al no haber cometido delito alguno. Indicó el señor Bustamante Facundo en el escrito en cuestión⁴⁹ (se transcribe *in extenso* incluyendo posibles yerros ortográficos):

1. Soy el beneficiario de los contratos 001 y 002 de suministros cuyo objeto era el suministro de tuberías redes principal Acueducto de santa Rosa y El Seis, Jurisdicción de san Sebastián de Buenavista – Magdalena, respectivamente.

2. A raíz del extravío de los cheques No 9742280, y 9742281, con los cuales se me cancelaba por parte del municipio de San Sebastián el 50% restante de los contratos mencionados, entablé formal denuncia contra desconocidos, para tratar de identificar a los presuntos

3. como consecuencia de la investigación adelantada por la Fiscalía Seccional de la ciudad de Santa Marta, fueron vinculados, en calidad de autores de los hechos, los señores: (...) Alonso Vivanco Aguas, Javier Najera y otros, a quienes se le dictó medida de aseguramiento y, posteriormente, resolución de acusación, por los supuestos delitos de peculado por apropiación en concurso (...).

5. En días pasados, se presentó a mi residencia el señor William Dovale Martínez (...) quien me manifestó que tenía que hablar algo urgente conmigo, en relación con un proceso que él sabía se adelantaba en la ciudad de Santa Marta. A dicho señor lo conozco desde hace varios años, y era la persona encargada de cobrar los cheques con los cuales la administración municipal de San Sebastián me cancelaba los avances de suministro o anticipo, por concepto de los diferentes contratos de suministro que tenía suscrito con dicho Ente Territorial. Es de anotar que a raíz de la denuncia presentada por este servidor por la pérdida o hurto de los cheques relacionados en el hecho segundo no había vuelto a saber de dicho señor, hasta la semana pasada cuando se hizo presente en mi residencia.

6. El propósito de la visita era hacerme entrega de la suma de cuarenta millones de pesos (\$40'000.000); el señor William Dovale Martínez, me manifestó que ese era el dinero producto de los cheques que él había recibido y posteriormente negociado en la ciudad de Santa Cruz de Mompox, hace aproximadamente cuatro años y medio debidamente autorizado por mí; sin embargo, él me hizo creer que los cheques no habían sido cancelados por el municipio de San Sebastián. Según el sujeto para esa época, atravesaba por una difícil situación familiar con un pariente muy cercano gravemente enfermo, que lo obligó a echar mano de esos dineros, los cuales siempre pensó reponer, antes de que yo pudiera averiguar en San Sebastián por las cuentas; es decir pensaba quedarse con el dinero por unos días o semanas y, al cabo de las mismas devolverme la plata, como si acabara de cobrar la cuentas respectivas.

7. No obstante, las cosas se le complicaron y no pudo cumplir con su propósito, según me manifestó. Desde ese día se dio a la tarea de tratar de conseguirme la plata, lo cual solo consiguió en días pasados, cuando decidió buscarme y decirme la verdad, profundamente nervioso, avergonzado y asustado, porque tenía conocimiento de que por tales hechos se adelantaba una investigación penal y personas inocentes estaban pagando una culpa que solo era de él, y una persona de sus características y rectitud no le permitía vivir en sana paz; lo que indicaría que la conducta no fue cometida por los sindicados, y mal se haría que el Proceso continuara en sus contra resultando moralmente dañoso para la sociedad, dada la verificación que aquí se expresa.

⁴⁹ Escrito del 14 de octubre de 2005 (f. 433-464, c. 4 anexo).



8. De mi parte me declaro totalmente satisfecho con la que me ha sido devuelta, pues corresponde a un poco más de lo que suman los dos cheques mencionados, cosa apenas comprensible después de tanto tiempo transcurrido, es decir, que cubre el capital y un poco más por concepto de intereses.

9. Por lo tanto no pienso entablar denuncia contra dicho señor William Dovale Martínez, por el delito de abuso de confianza o hurto, porque si bien pudo haber las explicaciones dadas por el señor me convencen, me parecen creíbles, y en todo caso, lo más importante me ha devuelto la plata antes de que tenga necesidad de denunciarlo.

10. Me interesa, sí, que las personas involucradas en los hechos de los que usted conoce en etapa de juicio no vayan a ser condenadas, siendo inocentes, por hechos cometidos por una tercera persona, que abusó de mi confianza, con los resultados conocidos. Si este memorial sirve de algo, Señor Juez, le ruego tener en cuenta la situación planteada, a fin de no cometer una injusticia. Esta situación que le he dejado expuesta puede ser ratificada personalmente si es necesario (...).

4.36. Ante lo expuesto por el señor Bustamante, y en vista de que en el proceso penal reposaba el poder que en su momento le había otorgado al señor Dovale para retirar los cheques, la Fiscalía durante la audiencia pública de juzgamiento le solicitó al Juzgado se dictara sentencia absolutoria en favor del señor Vivanco Aguas, pues la resolución de acusación no se sustentaba, así⁵⁰:

*Por cuanto a la lectura de otros materiales probatorios allegados a la investigación y más concretamente visible a folios 499 del c.o se observa claramente un memorial suscrito por una de las víctimas y principal perjudicado en estos hechos, Álvaro Adolfo Bustamante Facundo, quien manifiesta entre sus apartes, haber dado poder a William Dovale Martínez para retirar los cheques que han sido materia de debate y prueba de esta investigación, a la vez afirma que el anterior se le acercó y le devolvió los dineros con intereses (...). Como se puede ver toda esta investigación y todo el desgaste de la justicia se ha dado por un malentendido (...) según lo visto en toda la investigación, nuestro órgano judicial se ciñó en una caída con las pruebas obtenidas en contra de los presuntos sindicados, **lo cual se mira desde este punto de vista como un hecho que nunca existió para los mismos** (...) –Negrillas fuera de texto-.*

4.37. Concluido el juicio oral, el Juzgado Penal del Circuito de El Banco (Magdalena) mediante sentencia del 21 de abril de 2006 absolvió al señor Alonso Vivanco Aguas al considerar, entre otros aspectos, que ni siquiera había existido materialmente el delito de peculado por apropiación pues el municipio de San Sebastián nunca tuvo un detrimento patrimonial, y en todo caso el investigado había actuado de buena fe. Dijo el juzgado (se transcribe en sus apartes más importantes incluyendo posibles yerros ortográficos)⁵¹:

Examinados los argumentos sostenidos por los sujetos procesales en el marco de la vista pública, no puede el Juzgado discernir algo diferente a que este proceso no debió nunca haber nacido a la vida jurídica, el cual representa solo un desgaste para la administración de justicia, y además del detrimento de carácter económico y moral para quienes fueron involucrados en hechos que nunca trajeron perjuicio económico para ningún particular ni para la administración pública, directamente al municipio de San Sebastián de Buenavista, Magdalena.

⁵⁰ Intervención de la Fiscalía durante la audiencia pública de juzgamiento del 31 de enero de 2006 (f. 607-609, c. 4 anexo).

⁵¹ Sentencia del 21 de abril de 2006 (f. 22-28, 330-656 c. ppal y f. 613-619 c. 4 anexo).



Razón les asiste a los defensores de los sujetos procesales al pedir la absolución de estos, pues no es otra decisión que en derecho se debe tomar por parte de esta operadora judicial, quien lamenta que se hubiera dejado avanzar la investigación para que los hechos se hubieran esclarecidos como ha ocurrido con el memorial aludido (...).

[N]o puede el Juzgado desconocer el valor probatorio tanto del escrito del señor Bustamante Facundo como tampoco de la copia de la autorización que, en efecto, diera a Dovale Martínez para el reclamo de los cheques antes la Tesorería, logrando demostrarse con tales documentos, que nunca el municipio de San Sebastián de Buenavista sufrió detrimento patrimonial alguno dado que no fueron apropiados esos dineros oficiales por ninguno de los procesados, dineros que a la postre pertenecían a Bustamante, y que en virtud de la autorización que expidiera bajo su absoluta responsabilidad fueron a pasar a manos del señor Dovale Martínez, con los resultados ya conocidos (...).

[L]os hechos nunca ocurrieron en la forma en que fueron denunciados por el entonces Alcalde de San Sebastián, Emiro Ospino Arce, no puede endilgarse la responsabilidad a quienes nada tuvieron que ver con lo ocurrido entre Álvaro Bustamante Facundo y William Dovale Martínez, conducta que a la postre habría llegado a configurar un punible de abuso de confianza, sin afectación alguna de la administración pública y en especial de los intereses económicos del municipio en mención (...).

Del conjunto probatorio no aparece establecida ni siquiera la existencia material del reato de peculado por apropiación, por cuanto no se demuestra que Abel Martínez y Jorge Alberto Surmay Cantillo, en provecho propio o de terceros, se hubieran apropiado de los dineros oficiales que en razón de sus cargos como Alcalde y Tesorero Municipales se les había confiado; en primer lugar, porque desde el momento en que los títulos valores salieron de la esfera del dominio del ente oficial para ser entregados a su beneficiario, este nunca los recibió por causa atribuibles única y exclusivamente al contratista, quien bajo su propio riesgo y responsabilidad autorizó al señor Dovale Martínez para que en su nombre y representación recibiera dichos cheques, negociándolos en su provecho personal, logrando restituir los dineros a Bustamante Facundo, posteriormente; en segundo lugar, por cuanto desvirtuando lo anterior, no podría jurídicamente subsistir la complicidad endilgada sobre los demás procesados, quienes obraron de buena fe como se pudo establecer finalmente.

Lógico resulta para el Juzgado discernir que si no se puede demostrar con toda certeza la ocurrencia de la conducta punible a que se contrae esta actuación, mal podría entrarse a establecer la responsabilidad de cada uno de los enjuiciados, de donde debe concluirse que ante la ausencia de los requisitos estructurales del precitado artículo 232, se decretará la absolución de los inculcados.

5. Análisis de la Sala

5.1 Existencia del daño

De conformidad con los hechos probados, se tiene por demostrado el daño invocado por los demandantes, es decir, está debidamente acreditado que el señor Alonso Vivanco Aguas fue privado de su libertad en detención domiciliaria desde el 4 de abril de 2005 – fecha en la que suscribió la correspondiente acta de compromiso- hasta el 28 de septiembre de 2005 en la que se le otorgó su libertad por parte del Juzgado Penal del Circuito de El Banco Magdalena.

Frente a esto último, la Sala observa que el Tribunal de primera instancia señaló que la detención del señor Vivanco fue desde el 3 de agosto de 2004 hasta el 10 de septiembre



del mismo año, mientras que la parte actora en el recurso de apelación señaló que fue de más de diez meses.

Sobre el particular, la Sala observa que no le asiste razón a la parte actora ni tampoco al *a quo*, pues una cosa es que se dicte la medida de aseguramiento y, otra muy diferente, el que esta se haga efectiva.

Ciertamente, tal y como quedó visto en los hechos probados, el señor Vivanco fue citado para ser oído en indagatoria, hecho que no involucró una captura o una detención y, por el contrario, se tiene que una vez fue escuchado, no se tomó ninguna determinación frente a su libertad, por lo que continuó con sus actividades normales.

El 22 de junio de 2004, la Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta resolvió la situación jurídica del señor Vivanco con detención preventiva en establecimiento carcelario, empero, comoquiera que el actor se encontraba residenciado en el municipio de Santa Cruz de Mompox, para proceder a la misma dictó orden de captura, la cual no se hizo efectiva, pues el 9 de julio de 2004, integrantes del DAS le informaron al ente investigador que a dicha fecha por razones de orden público la aprehensión no había podido efectuarse.

De igual forma, es de destacar que en las copias del proceso penal allegado al plenario, no hay constancia de que el señor Alonso Vivanco fue capturado por algún integrante de la policía judicial, por lo que no puede indicarse que estuvo privado de su libertad en un establecimiento carcelario.

Por otra parte, pocos días después de haberse recibido el oficio del DAS, la Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta mediante resolución del 16 de julio de 2004 sustituyó la medida que había ordenado de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención domiciliaria y, para que esta fuera efectiva, le ordenó al señor Vivanco que: i) consignará una caución de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y ii) suscribiera la respectiva acta de compromiso.

Una revisión al proceso penal da cuenta que la anterior decisión se notificó en forma personal al abogado del señor Vivanco el 21 de julio de 2004 (f. 87, c. 3 anexo), quien al siguiente día le solicitó al ente investigador se disminuyera el valor de la caución (f. 97, c. 3 anexo), aspecto que no fue aceptado en resolución del 23 de julio de 2004 (f. 95-96, c. 3 anexo), la que fue notificada por estado el 30 de julio de 2004 (f. 96, c. 3 anexo).

Así pues, se tiene que pese a que en resolución del 16 de julio de 2004 se dio la orden de detención domiciliaria, la misma no se hizo efectiva, pues además de que el actor no suscribió el acta de compromiso ni consignó la caución, la Fiscalía en dicho momento tampoco ofició a las autoridades respectivas para el cumplimiento de la medida.



La Ley 600 de 2000 en su artículo 362 indicaba que cuando se dispusiera de la detención domiciliaria, el beneficiado debía suscribir un acta en la cual se comprometía a permanecer en el lugar indicado, a no cambiar sin previa autorización su domicilio y a presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido, lo cual debía ser garantizado mediante una caución.

En el caso bajo estudio, se tiene que notificada la resolución del 16 de julio de 2004 no se llevaron a cabo ninguna de las exigencias del mentado artículo 362, por lo que no se puede indicar que la medida de detención se hizo efectiva, máxime cuando se advierte que tampoco la Fiscalía ofició a alguna autoridad para informar de la existencia de la misma.

En efecto, luego de la decisión del 16 de julio de 2004, la Fiscalía mediante resolución del 3 de agosto de la misma anualidad dispuso que para que la medida se pudiera cumplir debía oficiarse al Concejo Municipal de Santa Cruz de Mompox y al director de la cárcel municipal para que se suspendiera del ejercicio de sus funciones al señor Vivanco, así como para que se dispusiera personal que vigilara el cumplimiento de la detención domiciliaria.

En firme la resolución del 3 de agosto de 2004, de las copias del proceso penal allegadas, se tiene que la Fiscalía no ofició ni al Concejo ni al director de la cárcel municipal de Santa Cruz de Mompox, por lo que no puede decirse que el demandante estuvo detenido en su domicilio, pese a que había una orden que así lo disponía.

Tanto era que no se había hecho efectiva la detención domiciliaria, que el 5 de agosto de 2004, la Secretaría de la Unidad II Fiscalía Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito le informó al ente investigador que a dicha fecha aún no se había aportado el correspondiente recibo de consignación de la caución prendaria, ni tampoco se había suscrito la diligencia de compromiso.

El 10 de septiembre de 2004, la Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta resolvió revocar la orden de detención domiciliaria y ordenó que el señor Vivanco quedara en libertad, empero, se insiste, a dicha fecha el actor aún no había sido detenido en su domicilio por lo que se tiene que la resolución de la fiscalía únicamente servía para indicar que ya no había necesidad de oficiar a las autoridades correspondientes para que se diera cumplimiento a la medida.

Luego de lo anterior, mediante resolución del 10 de marzo de 2005, la Fiscalía Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta dispuso que comoquiera que se había proferido acusación en contra del señor Vivanco, debía volverse a dictar la detención domiciliaria, la cual debía hacerse efectiva y, para ello, en esta ocasión sí se ofició al Concejo Municipal de Santa Cruz de Mompox⁵² y a la cárcel municipal informando

⁵² Quien suspendió al actor de sus funciones a efectos de que se cumpliera la medida de detención domiciliaria, ver. 4.32.



de la existencia de la medida. Así mismo, el señor Vivanco consignó lo correspondiente a la caución prendaria y el 4 de abril de 2005 suscribió la diligencia de compromiso, por lo que es desde dicha fecha que se tiene que el actor efectivamente fue privado de su libertad.

La medida de detención domiciliaria se mantuvo hasta el 28 de septiembre de 2005, fecha en la cual fue revocada por el Juzgado Penal del Circuito de El Banco Magdalena, quien en esa fecha informó a las autoridades pertinentes que el actor quedaba en libertad y por lo tanto podía volver a sus actividades.

Así las cosas, visto lo anterior, se tiene que el tiempo efectivo de detención domiciliaria del señor Alonso Vivanco Aguas fue del 4 de abril de 2005 al 20 de septiembre de la misma anualidad, o lo que es lo mismo cinco meses y diecisiete días.

5.2 Análisis de legalidad de la medida

Como fue señalado en los hechos probados, la investigación penal comenzó luego de la denuncia penal impetrada por señor Álvaro Adolfo Bustamante Facundo y el alcalde del municipio de San Sebastián (Magdalena), en la que refirieron que el ente territorial había girado una serie de cheques para pagarle al señor Bustamante dos contratos de suministro, empero, los títulos valores nunca llegaron a manos del contratista y fueron retirados por personas desconocidas que los endosaron y cambiaron con terceros, siendo uno de dichos cheques el No. 9742281 del 17 de julio de 2000.

Una vez se interpuso la denuncia, la Fiscalía llamó a declarar, entre otros, a quien para la época de los hechos había fungido como tesorero municipal, el que refirió que recordaba que varios de los cheques los había entregado al señor Bustamante o, en su defecto, a la persona que aquel autorizó mediante poder, el cual debía encontrarse en los archivos de la tesorería.

En cuanto al poder en cuestión, la Sala observa que en el proceso penal desde un principio obró la carta del 13 de junio de 2000 mediante el cual el señor Álvaro Bustamante autorizó al señor William Dovale Martínez para que reclamara en su nombre el cincuenta por ciento del saldo final del contrato de suministro No. 002 de 2000.

Así mismo, en orden de pago No. 534 del 16 de junio de 2000 se anotó que se había entregado al señor Bustamante el cheque correspondiente al valor del cincuenta por ciento del saldo final del contrato de suministro No. 002 y, se encontraba una rúbrica de aquel en el que indicaba que había recibido a satisfacción.

El señor Bustamante en el curso del proceso penal señaló que si bien había firmado la orden de pago como si hubiera recibido el cheque, la realidad era que la administración no se lo había entregado pues a dicha fecha no contaba con recursos, informándosele que se lo darían después.



El proceso penal reveló al final que el cheque fue retirado por la persona a la que el señor Bustamante autorizó y, que esta fue quien falsificó la firma del contratista para poder negociarlo.

El señor Alonso Vivanco Aguas fue investigado y privado en detención domiciliaria por supuestamente haber cometido los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado.

El delito de peculado, como ya se vio, nunca existió pues no hubo apropiación de dineros públicos, la administración municipal giró un cheque para pagarle a un contratista la obligación que aquel había cumplido en los términos de un contrato de suministro, por lo que al momento de entregarse el cheque el dinero pasó a ser de propiedad del contratista.

En cuanto al delito de falsedad en documento privado, se tiene que no fue el actor quien falsificó la firma en el endoso del señor Bustamante, sino que fue la persona a quien este había autorizado, por lo que el punible no fue cometido por el aquí actor.

De otro lado, en cuanto a si el actor debía verificar que el endoso era falso, la Sala observa que al momento de los hechos no se había instaurado ninguna denuncia, por lo que se predicaba la veracidad del título, tanto así que el Banco procedió a consignarlo y pagarlo en la cuenta del señor Vivanco sin ningún tipo de restricción.

En efecto, el cheque No. 9742281 fue girado el 17 de julio de 2000 y ese mismo día fue consignado en la cuenta del señor Vivanco Aguas, mientras que la denuncia penal fue interpuesta el 17 de junio de 2001, esto es, once meses después de haberse girado el título valor, de tal forma que el actor no podía establecer que el endoso en el título era falso.

De otro lado, la Sala observa que en la sentencia de primera instancia el Tribunal señaló que no existía falla del servicio y que el actor debía soportar la investigación, pues i) era deber de la Fiscalía investigar la existencia del delito, el que de por sí existió al haberse falsificado la rúbrica en el endoso del señor Bustamante, ii) existían los indicios suficientes para proferir la medida, iii) en su criterio el aquí actor no ofreció una explicación razonada, coherente y con suficiente credibilidad acerca de cómo el título valor llegó a sus manos y iv) la libertad que se le otorgó al actor fue porque uno de los sindicatos restituyó parte de las sumas de dinero que habían sido “hurtadas”.

Sobre el particular, la Sala encuentra que si bien era deber de la Fiscalía investigar el hecho denunciado, no lo es menos, que la investigación que se surta debe ser integral, esto es, debe investigarse tanto lo favorable como lo desfavorable al investigado, en los términos del artículo 20 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, norma procesal vigente al momento de los hechos y cuyo tenor disponía:



Artículo 20. Investigación integral. El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado.

En el caso bajo estudio, se tiene que pese a existir una carta en la que se autorizaba a una persona a retirar en nombre del señor Bustamante varios cheques, y que el tesorero del ente territorial afirmaba haber entregado algunos títulos valores a la persona autorizada, la Fiscalía dejó de llamar a dicha persona para que rindiera su declaración, con miras a establecer si aquel había retirado el cheque, como en efecto ocurrió.

De otro lado, en cuanto a la forma en que se llevó a cabo la investigación, la Sala encuentra que no se definió la situación jurídica del señor Vivanco dentro del término de ley, así como que tampoco se reunían los requisitos para dictar la medida de aseguramiento.

Los artículos 332, 336 y 354 la Ley 600 de 2000 disponían que una persona quedaba vinculada a un proceso penal como imputado mediante indagatoria, a la cual podía asistir mediante citación y, una vez rendida, si el imputado no se encuentra privado de su libertad, su situación jurídica debía ser definida en un plazo de diez días, así:

Artículo 354. Definición.

Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando así se le solicite.

Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez (10) días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El Fiscal General de la Nación o su delegado dispondrán del mismo término cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado en la misma fecha.

En el caso de autos, se tiene que el señor Vivanco Aguas fue citado y escuchado en indagatoria el 23 de mayo de 2002, mientras que su situación jurídica fue definida el 22 de junio de 2004, esto es, cuando ya se habían superado ampliamente los términos de ley.

Así mismo, en cuanto a los requisitos para imponer la medida de detención preventiva, el artículo 356 de la Ley 600 de 2000 señalaba que esta se impondría cuando aparecieran por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

Una revisión a la resolución del 22 de junio de 2004 por la cual se resolvió la situación jurídica del señor Vivanco, da cuenta que la Fiscalía tuvo como indicios la falsedad en la rúbrica del endosante, y el hecho de que el cheque fuese consignado en la cuenta del señor Alonso Vivanco “luego de haber sido negociado por el Alcalde Abel Martínez en la



compra de unas novillas”, de los cuales se había cometido el delito de peculado. Concretamente, la Fiscalía en la resolución en comentó indicó que:

El delito por el que se procede lo describía el artículo 133 del decreto ley 100 de 1980, anterior código penal, norma aplicable para la época de los hechos y que reproduce el artículo 397 de la ley 599 del 2000 actual código penal, sin mayor cambio en cuanto a la pena principal se refiere, disposición del siguiente contenido: “Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término...”

Los incisos segundo y tercero de la norma transcrita hacen referencia a la agravante o diminuyente de la penalidad dependiendo del monto de lo apropiado, pues si este supera los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena aumente hasta en la mitad, pero si no supera los cincuenta salarios la sanción oscila entre 4 a 10 años de prisión (...).

Teniendo claro lo anterior debemos anotar; que hasta este momento procesal se encuentra probado a través de estudio grafológico que las firmas que a nombre de ÁLVARO ADOLFO BUSTAMANTE FACUNDO aparecen estampadas en los cheques números 9741890, 9742271, 9742280 y 9742281 no se corresponden con las muestras manuscritales tomadas a este, lo que equivale a decir que fueron falsificadas.

Los valores, conceptos y fechas en los que la tesorería del municipio de San Sebastián – Magdalena giro estos cheques se detallan así:

Cheque No. 9741890, girado a favor de ÁLVARO A. BUSTAMANTE F., el 16 de mayo del 2000 por \$696.362, suma que es algo más de la que corresponde deducir por el impuesto de retención en la fuente, tal como se registra en la orden de pago No. 170, cuyo original reposa a folio 264 del cuaderno original; en la que además se observa que fue diligenciada por diferentes personas tal como se percibe en la diversidad de grafías y tintas utilizadas para escribir.

Cheque No. 9742271, girado a favor de ÁLVARO A. BUSTAMANTE F., el 17 de julio del 2000 por \$688.280, suma que es algo más de la que corresponde deducir por el impuesto de retención en la fuente, tal como se registra en la orden de pago No. 171, del 15 de marzo del mismo año, cuyo original reposa a folio 274 del cuaderno original, que igual que la anterior, se observa que fue diligenciada por diferentes personas tal como se percibe en la diversidad de grafías y tintas utilizadas para escribir.

El cheque No. 9742280 girado a favor de ÁLVARO BUSTAMANTE F., el 17 de septiembre del 2000 por \$ 18.783.274, suma que corresponde al pago del ultimo 50% del contrato de suministro No. 001, celebrado con el señor BUSTAMANTE, tal como se registra en la orden de pago No. 533, del 16 de junio del 2000, cuyo original reposa a folio 281 del cuaderno original, en la que se observa el mismo detalle anotado en las ordenes anteriores sobre la diversidad de grafías y tintas utilizadas.

Y por último el cheque No. 9742281 girado a favor de ÁLVARO BUSTAMANTE F., el 17 de julio del 2000 por \$18.486.793, suma que corresponde al pago del ultimo 50% del contrato de suministro No. 002, celebrado con el señor BUSTAMANTE, tal como se registra en la orden de pago No. 534, del 16 de junio del 2000, cuyo original reposa a folio 296 del cuaderno original, que se encuentra en las mismas condiciones de diligenciamiento que las otras.

De estos cheques se sabe que el distinguido con el número 9742281, por valor de \$18.486.793, fue entregado por ABEL MARTÍNEZ al señor JAVIER NÁJERA en pago a la compra de 35 novillas que aquel hiciera a este, tal como lo manifiesta el señor



NÁJERA en su injurada, (folio 333 del c.o.), en la que si bien dice no precisar numero ni valor del cheque, si sabe que el titulo valor venia endosado a nombre de BUSTAMANTE, cheque que fue consignado el 17 de julio del 2000 a la cuenta de ahorros No. 604-03995-8 del que es titular ÁLVARO VIVANCO, tal como lo informa el gerente del Banco Ganadero de Santa Cruz de Mompox (folio 524 del c.o.).

Una revisión a la resolución citada, da cuenta que la Fiscalía confundió el cheque No. 9742281 con el cheque No. 9742280, cuando estos eran diferentes.

En efecto, para pagar lo adeudado al señor Bustamante y los impuestos referidos al contrato, el municipio de San Sebastián giró varios cheques, unos concernientes al pago del impuesto de retención en la fuente y otros directamente al contratista como pago de las tuberías por aquel entregadas.

El peculado se predicaba de los cheques que debían haber sido girados a la DIAN pero que no llegaron a la entidad y, que presuntamente fueron a parar a manos de terceros. Ninguno de dichos cheques se encontró en manos del señor Alonso Vivanco, empero, la Fiscalía lo investigó como si aquel hubiera tenido en su poder alguno de dichos títulos valores, cuando ello nunca fue así.

Así mismo, en cuanto al pago de los valores adeudados al contratista, existieron dos cheques cuyo valor se situaba por encima de los diez millones de pesos: Los cheques No. 9742281 y No. 9742280.

La Fiscalía confundió el cheque No. 9742280 con el No. 9742281, de ahí que en la resolución por la cual definió la situación jurídica del actor, señaló que el cheque No. 9742281 no fue retirado por el señor Álvaro Bustamante sino que fue utilizado por el alcalde del municipio de San Sebastián para pagar unas novillas que había adquirido de manos del señor Javier Nájera y que, luego de dicha negociación, el cheque terminó en manos del señor Vivanco quien lo recibió y depositó en su cuenta, circunstancia ésta que no era posible, pues se reitera se trataba de diferentes títulos valores.

El ente investigador sustentó la medida de detención en una circunstancia que no correspondía a la realidad, aspecto que quedó evidenciado en la resolución de acusación, en la que indicó que dado la complejidad del asunto, se había confundido el cheque No. 9742280 con el No. 9742281, así (Resolución de acusación del 28 de febrero de 2005 f. 70-88, c. ppal.):

Del análisis a las pruebas recaudadas se sabe que el cheque que recibió JAVIER NÁJERA de parte de ABEL MARTÍNEZ fue el número 9742280 y no el 9742281, tal como lo manifiesta EDGAR CASSALETH en su declaración cuando dice: "Los cheques números 9742280 y 9741890 fueron pagados a la señora LIBIA CASERTA GONZÁLEZ..." y que confirma el gerente de la entidad bancaria en oficio fechado 19 de agosto del 2003 (folio 524 del c. o. y 226 del c. c.), lo que es preciso aclarar porque en anterior oportunidad ante lo complejo del asunto erramos en un aparte de la providencia al asegurar con base en lo dicho por el señor JAVIER NÁJERA, que el cheque que este había recibido era el 9742281, cuando después de un minucioso análisis encontramos que no fue así, porque este último cheque por valor de



\$18.486.793, al respaldo registra que la operación bancaria se realizó el 17 de julio del 2000, mientras que el otro fue pagado por el banco y consignado ahí mismo través de 2 operaciones el día 18 de septiembre tal como dan cuenta las copias de las consignaciones que obran en el expediente.

5.3 Entidad a la que se le imputa el daño

Conforme lo expuesto en apartes anteriores la Sala revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, condenará a la Nación-Fiscalía General de la Nación al verificarse la existencia de la falla en el servicio por parte de dicha entidad.

En lo que respecta a la Rama Judicial –quien también representa a la Nación-, la Sala no condenará a la entidad, pues se observa que la decisión de restricción de la libertad del actor únicamente estuvo en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

5.4 Análisis de la existencia de la causal exonerativa por culpa de la víctima

En cuanto a la existencia de una culpa de la víctima que exima de responsabilidad a la accionada, la Sala encuentra que la misma no está acreditada en el proceso.

En efecto, como fue señalado en apartes anteriores, el señor Vivanco Aguas tenía como actividad independiente el cambiar cheques, actividad ésta que no era incompatible con sus actividades como concejal del Municipio de Santa Cruz de Mompox.

El artículo 45 de la Ley 136 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 617 de 2000, indica que las incompatibilidades para los concejales son las siguientes:

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra.

Así mismo, La Ley 80 de 1993 en su artículo 8 literal f indica que los servidores públicos (lo que incluye a los concejales) se encuentran inhabilitados para celebrar contratos con entidades estatales.



En el caso bajo estudio, se tiene que el señor Vivanco además de ser concejal, tenía como actividad particular el cambiar cheques y, tratándose del No. 9742281, se tenía que su girador era un municipio diferente a aquel en donde el señor Vivanco fungía como concejal y, además, en ninguna parte del expediente se tiene que quien lo endosaba tuviera contratos con el municipio de Santa Cruz de Mompox.

Así pues, se tiene que el señor Vivanco recibió un cheque cuyo titular era una persona particular –ajena al municipio de Santa Cruz de Mompox- que lo había endosado.

Frente a esto último, es pertinente recordar que el endoso es una figura por medio de la cual el beneficiario del título valor, esto es, la persona que lo recibe y tiene derecho a cobrarlo, lo firma en su parte posterior para que sea otra persona quien lo cobre.

El artículo 648 del Código de Comercio indica que la transferencia de un título nominativo por endoso dará derecho al adquirente para obtener la inscripción del tenedor en el registro que llevara el creador del título.

De igual forma, el artículo 651 del referido código, indica que los títulos valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales se agregue la cláusula “a la orden” o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título valor serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título.

En el caso bajo estudio, se tiene que el cheque No. 9742281 no tenía ninguna restricción para ser negociado, situación esta que fue aprovechada por la persona autorizada por el señor Bustamante para retirar el título valor de las dependencias de la alcaldía del municipio de San Sebastián y, quien procedió a negociarlo estampando –en forma falsa- la firma del señor Bustamante.

De igual forma, como bastaba el endoso del titular para negociar el cheque y, este se encontraba, el título podía ser negociado.

Ahora bien, no había forma para el aquí actor de establecer que el endoso era falso, pues como ya se indicó, el título fue endosado y consignado el mismo día en que fue girado, sin que el municipio de San Sebastián o el señor Bustamante pusieran de presente, o advirtieran que quien había endosado el título no era el beneficiario de aquel.

Así mismo, en cuanto a la indagatoria del señor Vivanco, el tribunal de primera instancia señaló que aquel había sido evasivo en sus respuestas y debía haber recordado el título valor cuando le fue preguntado, dada la cuantía del mismo.

Al respecto, la Sala observa que el actor manifestó que se dedicaba a cambiar cheques y que no podía recordar específicamente el que le estaban preguntado, circunstancia apenas comprensible dado el transcurso del tiempo, pues recuérdese que el título valor fue girado el 17 de junio de 2000, mientras que al señor Vivanco se le pregunta su relación



con el título valor, por primera vez, el 22 de febrero de 2002, esto es, casi dos años después del hecho.

El que el actor no recordase una situación de hacía dos años no implica que no quiso colaborar con la administración de justicia, o que su explicación no fue razonada, detallada o justificada.

Así mismo, la Sala observa que si bien el actor en la indagatoria del 23 de mayo de 2002 indicó que el número de cuenta que estaba en el cheque no correspondía a la suya, ello se debía a que el título no contaba con la totalidad del número de la cuenta del actor.

Luego entonces, el que se consignara en la cuenta del señor Vivanco un cheque cuya procedencia lícita no se había cuestionado a la fecha de los hechos, no conlleva a indicar que el actor actuó con dolo o culpa grave y, que por tal razón la accionada deba ser exonerada.

5.5. Determinación de los perjuicios y su reparación

5.5.1 Perjuicios morales

Los demandantes solicitaron por concepto de perjuicios morales la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de ellos.

Al respecto, con relación al tiempo de la privación, se debe tener en cuenta que el señor Alonso Vivanco Aguas fue privado de su libertad con detención domiciliaria un total de 5 meses y 25 días.

Sobre el particular, la Sala recuerda que en sentencia de unificación de jurisprudencia⁵³, el Consejo de Estado manifestó que en casos de privación injusta de la libertad, para los eventos de perjuicios morales reclamados en relación con una persona que fue privada de la libertad injustamente, cuando la privación fue superior a 3 meses e inferior a 6, para la persona que sufrió la restricción a su derecho fundamental, así como a su cónyuge y parientes en primer grado de consanguinidad les corresponderá una indemnización por daño moral equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo anterior se pone de presente, pues en el caso bajo estudio se tiene que el demandante fue privado de su libertad en detención domiciliaria, y no se puede indemnizar de la misma manera a quienes padecen la restricción física en un centro de reclusión y a quienes purgan la medida de aseguramiento en su propio domicilio y, por esa razón, la

⁵³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp. No. 36149. M.P. Hernán Andrade Rincón (E.).



jurisprudencia ha señalado que cuando una persona es privada de la libertad, pero es recluida en su domicilio, el *quantum* indemnizatorio deberá ser reducido en un 30%⁵⁴.

De esta forma, siguiendo dichos parámetros, de acuerdo con la sentencia de unificación, al señor Alonso Vivanco Aguas, esposa e hijas les corresponde una indemnización equivalente a 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

5.5.2 Perjuicio materiales

El señor Alonso Vivanco Aguas solicitó por concepto de perjuicios materiales, únicamente lo relacionado al gasto de los honorarios que pagó al abogado Félix Elías Paba Rubio por valor de \$5.000.000⁵⁵.

Sobre el particular, la Sala observa que en el expediente penal se encuentra acreditado que el señor Félix Elías Paba ejerció la defensa técnica del señor Alonso Vivanco desde el inicio del proceso hasta el 23 de junio de 2004⁵⁶, o lo que es lo mismo, hasta el momento en que se dictó la medida de aseguramiento en contra del actor⁵⁷, fecha en la cual confirió poder a un nuevo apoderado.

Luego entonces, se tiene que el referido litigante ejerció como abogado del señor Vivanco únicamente durante la indagatoria y la resolución de la medida de aseguramiento.

Ahora bien, en cuanto al valor de los honorarios, en el plenario no hay constancia de la suma a la que ascendieron los mismos, por lo que siguiendo la reciente sentencia de unificación de jurisprudencia⁵⁸, estos serán negados en tanto su causación no está probada en el plenario, pues en los términos de aquella i) debió haberse aportado al plenario facturas o documentos equivalentes expedidos por el profesional del derecho en la que conste la prueba de su pago y ii) que conste que dicho pago lo realizó la persona que lo reclama.

En el plenario, no fue aportada la factura o documento equivalente que de constancia del pago de honorarios, por lo que dicho perjuicio será negado.

⁵⁴ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp. 34554 y, del 10 de noviembre de 2017, exp. 51129, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁵⁵ El demandante no hizo ninguna solicitud por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

⁵⁶ En la indagatoria del 23 de mayo de 2002, el señor Vivanco designó como abogado al señor Félix Elías Paba (f. 194-195, c. 1 anexo), quien llevó la defensa activa del actor hasta la fecha en que aquel designó un nuevo apoderado.

⁵⁷ La medida de aseguramiento fue proferida el 22 de junio de 2004, al día siguiente el señor Vivanco confirió poder a un nuevo apoderado.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de julio de 2019, Exp, No. 44.572, M.P Carlos Alberto Zambrano Barrera:



COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVOCAR la sentencia de primera instancia del 25 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: Declarar que la Nación-Fiscalía General de la Nación es patrimonialmente responsable de los perjuicios derivados de la privación de la libertad de que fue objeto Alonso Vivanco Aguas.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar a cada uno de los demandantes Alonso Vivanco Aguas, Maira Judith Vivanco Castillejo, Verena Isabel Payares Baldovino, Melissa Paola Vivanco Payares y Karen del Carmen Vivanco Payares, la suma de treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: Denegar las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: A este fallo se le dará cumplimiento siguiendo las prescripciones contenidas en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual, se ordena expedir copia auténtica de esta sentencia con la constancia de su ejecutoria.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTA: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente de la Subsección



ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado