



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia
Sala Penal

Magistrado ponente: Jhon Jairo Cardona Castaño

Armenia, Quindío, cinco (5) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación: 63 001 31 09 005 2015 00064 01
Delitos: Peculado y Falsedad
Procesado: Germán Alberto Aristizábal Garavito
Acta número 100

La Sala resuelve la apelación interpuesta contra la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia, mediante la cual condenó a Germán Alberto Aristizábal Garavito por delitos de Peculado y Falsedades.

Esta actuación se rige por el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

Germán Alberto Aristizábal Garavito se identifica con la cédula de ciudadanía 7.542.572 de Armenia, nació en Quimbaya, Quindío, el 22 de octubre de 1962, es hijo de Martha Mercedes y José Edgar.¹

HECHOS Y ACUSACIÓN

En el proceso de declaración de existencia de unión marital de hecho y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes promovido

¹ Folio 181/cuaderno principal 2, indagatoria.

por Sandra Consuelo Zambrano Delgado contra Fernando González Mancilla, el Juzgado Segundo de Familia de Armenia, por medio de auto de 26 de marzo 2001, decretó el embargo y secuestro de la empresa Muebleoficina, de propiedad del demandado (folio 115/del cuaderno 1 de la actuación de la DIAN).²

El 3 de julio de 2001, se realizó la diligencia de secuestro de ese establecimiento de comercio, en su sede en Armenia, el que fue entregado a Germán Alberto Aristizábal Garavito, designado como secuestre de dichos bienes (folio 110/cuaderno 1).

Por medio de Resolución 493 de 17 de julio de 2001, la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia (de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN) decretó el embargo del mismo establecimiento de comercio, en proceso de cobro coactivo que adelantaba contra Fernando González Mancilla.

Debido a la prelación de créditos, los bienes embargados por el Juzgado de Familia fueron puestos a disposición de esa entidad y Germán Alberto Aristizábal Garavito continuó como secuestre de la empresa Muebleoficina (folio 251/cuaderno principal 1B, folio 126/ cuaderno 1 del proceso de cobro coactivo realizado por la DIAN).

En desarrollo de esa labor, el auxiliar de la justicia elaboró y presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia los siguientes documentos, en los que consignó algunos datos relacionados con su gestión que no corresponden con la realidad:

- Informe 13 diciembre 2001 (folio 219/cuaderno principal 1B, 283/DIAN 2),
- Informe 5 febrero 2002 (224/1B, 157/DIAN 3),
- Informe 5 abril 2002 (225/1B, 317/DIAN 3),
- Informe mayo 30 2002 (227/1B, 344/DIAN 3),
- Informe 2 septiembre 2002 (232/1B, 381 DIAN 3),
- Informe 18 diciembre 2002 (233/1B, 398/ DIAN 3),

² El proceso fue radicado en el Juzgado Segundo de Familia de Armenia con el número 63 001 31 31 002 2000 00457 00.

- Acuerdo de pago entre Germán Aristizábal y Javier Ortiz, presentado con el informe de 17 de febrero de 2003, con fecha de cumplimiento 5 de febrero de 2003 (242/1B, 444/DIAN 3, 234/1B),
- Acuerdo pago entre Germán Aristizábal y Miguel Ángel Garavito Urvina con fecha 10 de febrero 2003 (243/1B, 443/DIAN 3 --presentado con el informe de 17 de febrero de 2003-- 234/1B),
- Informe 17 febrero de 2003 (234/1B, 446/DIAN 3),
- Informe 17 junio 2003 (244/1B, 564/5 DIAN),
- Informe 16 junio 2004 (246/1B --presentado el 18 de junio de 2004).

Con auto de 10 de junio de 2004, la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia levantó el embargo del establecimiento de comercio Muebleoficina y ordenó al secuestre que lo entregara a la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado, ya que la empresa fue adjudicada a ella por el Juzgado Segundo de Familia de Armenia mediante sentencia de 26 de julio de 2002 en el proceso en el que inicialmente se dispuso la medida cautelar (251/1B, 606/DIAN 5)³.

El 10 de junio de 2004, la División de Cobranzas mencionada comunicó a Germán Alberto Aristizábal Garavito que sus funciones como secuestre del establecimiento comercial cesaron y que debía entregar el mismo a la señora Zambrano (339/1B, 608/DIAN 5).

Los bienes que quedaron del establecimiento de comercio fueron entregados a la señora Zambrano el 30 de septiembre de 2004 (260/1B).

Durante su gestión como auxiliar de la justicia, Aristizábal Garavito reportó gastos que no corresponden con la realidad, en relación con pagos de arrendamientos superiores a los que verdaderamente canceló y pagos por servicio de vigilancia a una persona que nunca los prestó, actuaciones por medio de las cuales se apoderó de dineros de la empresa de la que era secuestre.

Por estos sucesos, la Fiscalía General de la Nación formuló resolución de acusación contra Germán Aristizábal Garavito como autor de 11 delitos de

³ La sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Armenia obra en los folios 360 y siguientes/cuaderno 3 del proceso de cobro coactivo adelantado por la DIAN.

Falsedad ideológica en documento público, descrita en el artículo 286 del Código Penal, y por varios delitos de Peculado por apropiación, tipificado en el artículo 397 del Código Penal (266 ss./4).

El señor Fernando González Mancilla se constituyó en parte civil.

SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia condenó al acusado como autor responsable de un concurso de delitos de Peculado y Falsedades.

Expresó que las pruebas permiten concluir con certeza que el procesado se apropió de dineros de la empresa cuya administración se le confió como secuestre, por medio de la simulación de pagos por concepto de un servicio inexistente de vigilancia (a Javier Ortiz) y por sumas superiores a las reales por cánones de arrendamiento (a Miguel Garavito).

Adujo que el enjuiciado trató de justificar el apoderamiento de los recursos por medio de informes y acuerdos de pago que elaboró con datos falsos y que presentó ante la DIAN.

Fundó su grado de convicción principalmente en documentos emitidos por el acusado, por César Londoño y por la DIAN y en los testimonios de Nadime Cardona, María Antonia Velásquez y de varios ex empleados de la empresa embargada.

Desestimó las exculpaciones del enjuiciado, por contradictorias, la versión de Javier Ortiz, por incoherente, y valoró con reservas la declaración de César Londoño, quien pretendió apoyar al procesado, pero no lo logró, ante la evidencia documental.

En relación con otras situaciones objeto de denuncia penal, expresó que “...no existen pruebas que permitan concluir con claridad, la apropiación de otros recursos, distintos a los señalados...”

Para imponer la sanción, partió del mínimo previsto para el delito de Peculado, 48 meses de prisión, por ser el más grave, y aumentó 12 meses por *“el concurso heterogéneo conductas punibles más el homogéneo por la falsedad ideológica en documento público en que incurrió...”*, para un total de 60 meses de prisión.

Impuso al sindicado pena de multa por \$11.900.000, cuantía de lo apropiado que encontró probada con base en los testimonios referidos y en anotaciones hechas en un libro auxiliar de contabilidad.

También lo condenó a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Negó al sancionado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por ser esta superior a 3 años de prisión, de conformidad con el artículo 63 del Código Penal, con la redacción original de la Ley 599 de 2000.

Tampoco le concedió la prisión domiciliaria, por considerar no cumplidos los requisitos exigidos por el canon 38 del Código Penal, con la modificación hecha por la Ley 1709 de 2014, debido a la gravedad de las conductas por las que se declaró la responsabilidad penal.

En relación con los perjuicios causados con el delito, el juzgado declaró que no se probaron los morales ni el lucro cesante, pues, la parte civil no acreditó de qué manera se vio afectado moralmente el demandado con los hechos, ni el valor dejado de percibir por este.

El daño emergente lo encontró demostrado con los testimonios que valoró positivamente y lo calculó con base en ellos y en las anotaciones hechas por el procesado en un libro de contabilidad presentado ante la DIAN (cuaderno 7/DIAN). Lo hizo consistir en los valores cobrados en exceso por cánones de arrendamiento y por servicio de vigilancia inexistente, desde agosto de 2002 hasta octubre de 2004, y los tasó en \$11.900.000.

APELACIONES

Acusado y defensora

- Las acciones penales por los delitos de Falsedades ideológicas en documentos públicos prescribieron antes de la resolución de acusación. Incluso, si se llegara a considerar como delito la confección de un libro auxiliar contable, que no fue atribuido en la acusación, la acción penal por tal conducta también está prescrita. Por tanto, tales hechos son inexistentes y no pueden ser tenidos como base para predicar el delito de Peculado.
- El juzgado vulneró el principio de congruencia, porque condenó al procesado por la comisión del delito de Falsedad en la elaboración de un libro auxiliar de contabilidad, hecho que no fue atribuido en la resolución de acusación.
- Hubo una indebida valoración de las pruebas para fundamentar la ocurrencia de la supuesta apropiación de bienes por parte del enjuiciado.

Los salarios pagados al señor Javier Ortiz tuvieron su causa en la vigilancia de los muebles objeto de secuestro, mientras que las señoras Nadime Cardona y María Antonia Velásquez vigilaban los locales. La veracidad de la conciliación con Ortiz no fue desvirtuada.

El pago de arrendamiento de la bodega donde se guardaron los bienes se acreditó con documentos y el contrato de arrendamiento se probó con testimonios.

La apropiación de dineros por pagos de arrendamientos se sustenta en un documento que fue expedido por César Londoño, sólo acudiendo a su memoria, y por petición del denunciante, prueba que no es sólida.

- El juzgador incurrió en error al tasar la cuantía de los pagos de arrendamiento, ya que tuvo en cuenta períodos diferentes a los delimitados por la Fiscalía como de comisión de los delitos y que tampoco corresponden con la prueba.

- Debe aplicarse la reducción de punibilidad prevista en el artículo 401 del Código Penal, porque el enjuiciado restituyó el valor de lo presuntamente apropiado.
- El enjuiciado tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o, en su defecto, a la prisión domiciliaria, ya que, con la tasación adecuada de la sanción, se cumplen los requisitos exigidos por la ley para ello.
- Debe reducirse la condena en perjuicios, ya que se calcularon en cifra mayor a la realmente probada.

Parte civil

- No se tuvieron en cuenta en la sentencia varias conductas del procesado, como pagos inexistentes por obligaciones parafiscales de empleados, a la empresa Velotax, por una supuesta retención en la fuente, y a “coteros”.
- La penas principal y accesoria deben incrementarse.
- Debe aumentarse la condena al pago de perjuicios y deben reconocerse perjuicios morales.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal sólo se referirá a la apelación propuesta por acusado y su defensora, debido a que ha concluido que quien se constituyó como parte civil en este proceso carece de legitimación en la causa en relación con las pretensiones que presentó sobre la responsabilidad penal y civil del enjuiciado por los hechos objeto de acusación.

Los razonamientos que sustentan el enunciado anterior se exponen en el capítulo correspondiente al análisis sobre los perjuicios expresado más adelante en esta sentencia (argumentación 4. de estas consideraciones).

Con esta precisión, la Sala expondrá la solución a los problemas propuestos en la apelación de la defensa, en el siguiente orden: (1.) prescripción de las acciones penales por los delitos de Falsedades, (2.) aplicación del principio de congruencia en relación con una de las Falsedades por las que se impuso la condena, (3.) responsabilidad penal del acusado en el delito de Peculado, (4.) responsabilidad civil derivada de la conducta punible, (5.) pena y (6.) su forma de ejecución.

1. Imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal por las Falsedades ideológicas en documentos públicos.

1.1. Según el artículo 83 del Código Penal, en su redacción vigente en la época de los hechos por los que se ha adelantado este juicio, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, lapso que nunca será menor de 5 años, ni superior a 20, salvo para algunos delitos, entre los que no está el de Falsedad en Documento Público.

La norma dispone, además, que para el caso del servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

1.2. El artículo 286 del Código Penal, en su redacción original, vigente para la época de los hechos objeto de este juicio, antes de la efectividad del aumento de penas establecido por la Ley 890 de 2004⁴, sancionaba el delito de Falsedad ideológica en documento público con pena máxima de prisión por 8 años.

1.3. Como se atribuyeron los ilícitos contra la fe pública al acusado por actuar en calidad de servidor público, por ejercer función pública de manera transitoria (artículo 20 del Código Penal), el lapso prescriptivo se incrementa en una tercera parte del máximo de la pena de prisión (8 años); es decir, queda fijado en 10 años y 8 meses.⁵

⁴ El aumento general de penas dispuesto por la Ley 890 entró en vigor el 1 de enero de 2005.

⁵ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que cuando el secuestre comete delitos, en ejercicio de esa función, se aplica el aumento del término de prescripción por su condición de servidor público (auto AP5610-2017).

1.4. A su vez, el canon 84 del estatuto penal prevé que el término de prescripción inicia desde la consumación del delito, cuando este es de ejecución instantánea, como ocurre con el ilícito de Falsedad ideológica en documento público, que se realiza con la sola confección del documento espurio (arts. 26 y 286 C.P.).

1.5. La regla 86 de la misma codificación, en la redacción original de la Ley 599 de 2000, aplicable a los casos juzgados por el procedimiento penal previsto en la Ley 600 de 2000, como este, establecía que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada, evento en el cual éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83.

1.6. En este caso, la Fiscalía formuló cargos al enjuiciado Germán Alberto Aristizábal Garavito (además del delito de Peculado) por haber consignado falsedades en varios documentos que él produjo, en ejercicio de su función como secuestre, consistentes en 9 informes que presentó sobre su gestión y 2 actas de conciliaciones supuestamente realizadas, ya enunciados en el acápite de hechos de esta sentencia, documentos elaborados desde el 13 de diciembre de 2001, siendo el último de ellos confeccionado el 16 de junio de 2004, como lo confirma la Fiscalía en la resolución de acusación (folio 283/cuaderno 4).

1.7. De acuerdo con lo considerado en los párrafos anteriores, al hacer los cómputos respectivos, se concluye que la acción penal para el último delito de Falsedad ideológica en documento público atribuido al enjuiciado prescribió el 15 de febrero de 2015, 10 años y 8 meses después del 16 de junio de 2004, fecha de su consumación. Por tanto, ese lapso prescriptivo también se había cumplido para los 10 ilícitos de Falsedades anteriores a este.

1.8. La resolución de acusación de primera instancia se profirió el 14 de mayo de 2015 (266/1B)⁶, lo que da la razón a la defensa cuando expone que en esa fecha las acciones penales por los 11 delitos contra la fe pública atribuidos al enjuiciado en este caso ya habían prescrito.⁷

⁶ La resolución de acusación quedó en firme el 17 de junio de 2015, al definirse el recurso de reposición que contra ella se promovió y al aceptarse el desistimiento de la apelación subsidiariamente interpuesta (1 ss./5).

⁷ Para el Peculado, se debe tener en cuenta la redacción del artículo 397 del Código Penal vigente para la época de los hechos (antes de entrar en vigor las modificaciones hechas por las Leyes 890 de 2004 y 1474 de 2011), que fijaba pena máxima de 10 años de prisión cuando la cuantía

El juzgado no hizo este análisis y se limitó a decir que no habían transcurrido cinco años desde la firmeza del llamamiento a juicio hasta la sentencia, con lo que incurrió en un error argumentativo por supresión de datos, ya que no revisó el lapso comprendido entre la comisión de los delitos y la emisión de la acusación.

1.9. En ese orden de ideas, debe declararse la cesación de procedimiento en relación con los delitos contra la fe pública referidos, por haberse extinguido las acciones penales, como lo disponen los artículos 82 del Código Penal y 39 de la Ley 600 de 2000, ya que las mismas no pueden proseguirse.

1.10. Ahora bien, la defensa sostiene que, como las acciones están prescritas, los hechos a los que ellas se refieren son inexistentes y que, por tanto, no pueden ser valorados en este proceso.

Al respecto, debe responderse que tal argumentación es sofística (causa falsa), ya que la extinción de la acción penal se declara en este caso porque el Estado perdió la oportunidad que tenía para perseguir a la persona involucrada en esos delitos y para sancionarla (prescripción), situación que no hace inexistentes los hechos ni las conductas. Una cosa es que no hayan ocurrido y otra muy diferente es que no se puedan sancionar penalmente.

Por tanto, si se encuentran probados tales hechos, pueden ser valorados, aunque no sean susceptibles de ser penalizados.

2. Sobre la violación del principio de congruencia.

2.1. Uno de los pilares del debido proceso, con incidencia directa en el derecho de defensa, es el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

de lo apropiado no superaba 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como en este caso. Ese término de prescripción (10 años) se aumenta en una tercera parte (3 años y 4 meses), por la calidad de servidor público en la que el acusado incurrió en el delito, para un total de 13 años y 4 meses. El Peculado se consumó el 30 de septiembre de 2004, como se explica más adelante en este fallo (consideración 3.8.). Desde esa fecha, hasta la ejecutoria de la resolución de acusación (17 junio de 2015) no había transcurrido ese lapso. Con la firmeza de la acusación (17 de junio de 2015), se interrumpió el término de prescripción, el cual empezó a contarse nuevamente por su mitad (6 años y 8 meses); es decir, vencería el 16 de febrero de 2022.

Debe existir consonancia entre el pliego de cargos formulado por la Fiscalía y la decisión de condena o absolución que emita el juez.

La resolución de acusación es la pieza procesal que delimita el debate en el juicio. En ella se fijan definitivamente los hechos por los que se debe adelantar la causa. Con base en ello, la defensa realiza su actuación frente a unos hechos concretos, con las circunstancias que la Fiscalía atribuye. Si el juzgador en su fallo deduce hechos o circunstancias distintos a los contenidos en la acusación y que hagan más gravosa la situación del procesado, desconoce la congruencia y vulnera el derecho de defensa, al sorprender al enjuiciado con supuestos fácticos frente a los que no tuvo oportunidad de defenderse.

Es por ello que el juez no puede variar el contexto fáctico dentro del cual se produjo la acusación, salvo que reconozca circunstancias atenuantes de la responsabilidad o de la punibilidad que, huelga decirlo, favorecen al sentenciado.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo reiteró en la sentencia SP668-2018, así:

“2.5. En efecto, se ha dicho, que según las previsiones de la normatividad que rituó el asunto (Ley 600 de 2000), la resolución de acusación se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se soportará tanto el juicio como el fallo, garantía que irradia al derecho a la defensa, ya que el procesado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservando así la unidad lógica y jurídica del proceso (...).”

Debe advertirse que el artículo 404 de la Ley 600 prevé que en la fase del juicio puede ajustarse la adecuación típica por iniciativa del fiscal o por petición o insinuación del juzgador, pero la norma no autoriza el cambio de los hechos a los que se refiere la acusación.

2.2. En este proceso, el juzgado de conocimiento, al hacer la valoración de lo probado en el juicio, en el acápite de “*materialidad de las conductas y autoría*”, expresó que los delitos de Falsedades ideológicas en documentos públicos se materializaron con la presentación de informes por parte del acusado ante la DIAN en los que consignó falsedades, y agregó que esa situación fáctica

“también se plasmó en el libro auxiliar de contabilidad” aportado por el acusado ante esa entidad estatal (folio 257/cuaderno 6).

2.3. Al revisar la resolución de acusación se observa que la Fiscalía, como ya se ha dicho, acusó al procesado por la comisión de 11 delitos de Falsedades ideológicas en documentos públicos, cometidas en 9 informes que presentó como secuestre y en dos actas de conciliaciones supuestamente realizadas, ya relacionados en el capítulo de hechos de esta sentencia (283/4); pero en el pliego de cargos no se incluyó la elaboración del libro contable como hecho objeto de acusación.

2.4. En este orden de ideas, también prospera el reclamo que la defensa ha hecho por vulneración del principio de congruencia, ya que la sentencia condenó al acusado por un hecho que no fue objeto de acusación.

En consecuencia, no se tendrá en cuenta ese posible delito como parte del fallo.

2.5. La Sala debe también precisar en este aparte que el que no se haya acusado al enjuiciado por consignar falsedades en el libro de contabilidad no hace inexistente el hecho; sólo que el mismo no fue calificado como delito y, por tanto, si se encuentra probado, puede ser valorado con los demás medios de conocimiento.

3. Responsabilidad del acusado en el delito de Peculado

La Sala ha analizado las pruebas obrantes en el proceso y ha concluido que el enjuiciado sí es responsable de la comisión del delito de Peculado por apropiación que se le atribuyó.

Las razones de esta conclusión se exponen a continuación.

3.1. De conformidad con la descripción típica prevista en el artículo 397 del Código Penal, comete el delito de Peculado por apropiación el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes de particulares cuya

administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

3.2. No hay discusión en este proceso en relación con la calidad de secuestre en que actuó el acusado, ni sobre su condición de servidor público para efectos penales, por la función pública que cumplía como auxiliar de la justicia (artículos 8 del Código de Procedimiento Civil⁸, vigente para la época de los hechos, y 20 del Código Penal), calificación que tiene el sujeto activo en estos casos, como lo ha enseñado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹.

3.3. Al revisar los argumentos del enjuiciado y su defensora, se observa que el debate en segunda instancia en relación con el delito de Peculado se centra en la prueba de la apropiación de dineros por parte del auxiliar de la justicia, pertenecientes al giro de las actividades de la empresa cuya administración se le confió como secuestre, que pretendió justificar como pagados a terceros en las siguientes transacciones: (i) arrendamiento de una bodega para guardar elementos de la empresa, (ii) servicio de vigilancia de un local donde mantenía bienes muebles del establecimiento de comercio.

Ya se advirtió que los reclamos hechos por la parte civil, relacionados con otras conductas del enjuiciado que considera delictivas y por las que no se declaró su responsabilidad penal, no serán analizados, por la falta de legitimación en la causa del mencionado sujeto procesal recurrente (ver capítulo 4. de estas consideraciones).

Por tanto, el Tribunal analizará las pruebas en relación con cada uno de esos hechos referidos en la apelación de la defensa.

⁸ Actualmente, el artículo 47 del Código General del Proceso reitera lo que se declaraba en el Código de Procedimiento Civil, en el sentido que los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos.

⁹ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SP4161-2014 ha reiterado su precedente en el sentido que el secuestre es servidor público, ya que asume una función pública de manera transitoria, porque *“cumple la misión de vigilar, custodiar y proteger unos bienes que el estado, a través de la jurisdicción, ha sacado de la órbita de posesión material de sus dueños o tenedores, con el fin de asegurar con los mismos el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el respectivo fallo judicial, y que para aquellos fines se los ha entregado al secuestre, a quien traslada, además, esas específicas e importantes funciones de vigilancia, custodia y protección. (CSJ SP, 27 Feb 2003, Rad.17837)”*.

Pago de arrendamiento por valor superior al real.

3.4. Se probó que el acusado reportó pagos superiores a los que realmente hizo por arrendamiento de un inmueble donde guardó los muebles de la empresa embargada.

3.4.1. Para contextualizar esta situación, debe anotarse que se estableció que la mercancía de Muebleoficina, mientras estuvo bajo la medida de secuestro, permaneció inicialmente en la sede de la empresa, ubicada en la carretera que lleva de Armenia a La Tebaida; luego, fue trasladada a un local en la calle segunda norte de esta capital, cerca al Centro Comercial Bolívar, donde se mantuvo un punto de venta; posteriormente, se llevó a un inmueble que antes era usado como discoteca, conocido como “El Zaguán de las Guitarras” o “Guitarra y Rumba”, situado en el kilómetro 2 de la vía que comunica a Armenia con Circasia, y, finalmente, se pasó a otra edificación, localizada frente a la anterior, al otro lado de la carretera, en la que había funcionado otra discoteca conocida como “Aguapanela”.

Fue en el último sitio donde sucedieron los hechos a los que se refiere este capítulo.

3.4.2. Germán Aristizábal Garavito, como secuestre de ese establecimiento de comercio, el 17 de febrero de 2003, presentó ante la DIAN un informe en el que hizo constar que llegó a un acuerdo de pago de arrendamiento de la última bodega mencionada.

Aportó un documento en el que consta ese convenio celebrado entre él y Miguel Ángel Garavito Urvina, por un valor de \$4.000.000, fechado el 10 de febrero 2003. La convención consistió en que se entregaron al supuesto arrendador mercancías por \$2.007.617, como abono a la deuda, de la que quedaron pendientes de pago \$1.992.383, más intereses (243/1B, 443/DIAN 3, 234/1B).

Expuso en ese informe que, por arrendamiento de esa bodega, desde septiembre de 2002 hasta febrero de 2003, se debían \$2.400.000, pero que el total adeudado era realmente de \$4.000.000, correspondientes a 10 meses de cánones. Advirtió

que celebró el acuerdo de pago porque el arrendador, señor Garavito, lo amenazó con acudir al cobro jurídico.

De dicho informe se comprende que se debían los arrendamientos desde mayo de 2002 hasta febrero de 2003 (10 meses).

Ya en el informe del secuestre presentado el 2 de septiembre de 2002 había expresado que se debía el arrendamiento por el mes de agosto (se entiende que de 2002), por valor de \$400.000, y en el informe de 18 diciembre de 2002 afirmó que al arrendador se le debían \$1.600.000, por los meses de septiembre a diciembre (232, 233/1B).

Posteriormente, en el informe del 17 de junio de 2003, adujo que se adeudaban \$1.600.000 por arrendamiento desde 17 de febrero hasta 17 de junio de 2003, y en el informe de 5 de octubre de 2004 sostuvo que se debían 15 meses, desde junio de 2003 hasta septiembre de 2004, por \$6.000.000 (244, 261/1B).

En el libro auxiliar de contabilidad que llevaba, el cual aportó a la DIAN y obra en el expediente anexo, Aristizábal Garavito anotó que pagó por arrendamientos de ese local: \$1.200.000 de mayo a julio (anotación de agosto de 2002), \$400.000 por agosto (anotación de septiembre 2002), \$600.000 de septiembre a diciembre de 2002 (anotación de diciembre 18), \$800.000 por enero y febrero de 2003 (anotación de febrero de 2003), \$1.200.000 de marzo a junio (anotación junio 17 de 2003) y \$6.000.000 por 15 meses, de julio de 2003 a septiembre de 2004 (anotación de octubre de 2004).

Según estos registros, Germán Aristizábal sostuvo que pagó \$400.000 mensuales por el arrendamiento comentado, desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2004.

3.4.3. En la indagatoria, el señor acusado juró que Miguel Ángel Garavito le subarrendó ese local por \$400.000 mensuales y “no volvió ni a cobrarme”, pero, al final, le pagó todo lo adeudado (184/2).

3.4.4. Miguel Ángel Garavito, el supuesto arrendador, no pudo ser localizado durante el sumario para escuchar su testimonio. En su indagatoria, el sindicado

dijo que no tenía contacto con él, a pesar de que Garavito era su tío. En la audiencia pública, el enjuiciado expuso que Garavito no pudo rendir su testimonio porque no fue atendido en la sesión del juicio en que se presentó y sus ocupaciones laborales le impidieron regresar.

3.4.5. Las afirmaciones del procesado sobre el arrendador, el valor de los cánones y lo pagado por él resultaron desvirtuadas con otras pruebas, como pasa a verse.

3.4.5.1. El señor César Augusto Londoño Ramírez, como propietario de la Inmobiliaria Londoño Ramírez, emitió un certificado el 18 de agosto de 2009, aportado por la parte civil, según el cual en el inmueble ubicado en el kilómetro 2 de la vía a Circasia “*le facilitamos a Germán Aristizábal*” espacio para bodegaje de unos muebles de oficina, por \$100.000 mensuales, durante 27 meses, desde junio de 2002 hasta septiembre de 2004 (39/2).

En su testimonio, César Augusto Londoño Ramírez reconoció ser el autor de dicho documento y admitió no solo su autenticidad, sino la veracidad de su contenido (145/2).

También se allegó un recibo de arrendamiento con número 4656, expedido por la Inmobiliaria Londoño Ramírez y cía. Ltda., en el que consta que el 15 de abril de 2004 recibieron \$100.000 pagados por Germán Aristizábal (“*por cuenta de Julio I Gutiérrez*”) por bodegaje en el kilómetro 2 de la vía Circasia (41/2).

César Augusto Londoño Ramírez, propietario de esa inmobiliaria, al rendir su declaración, bajo juramento, reconoció también la autenticidad de ese documento y su veracidad. Aclaró que Julio Gutiérrez era el propietario del inmueble que esa empresa administraba y en el que Germán Aristizábal tenía guardados los muebles de oficina mencionados (144/2).

En síntesis, la prueba documental, aportada de conformidad con las reglas fijadas en el artículo 259 de la Ley 600 de 2000, permite afirmar que el contrato de arrendamiento se ejecutó entre el enjuiciado y César Augusto Londoño Ramírez, por \$100.000 mensuales, durante 27 meses, desde junio de 2002 hasta septiembre de 2004.

3.4.5.2. Durante la indagación preliminar a la apertura de la investigación penal, en su versión libre, el imputado, bajo las advertencias sobre su derecho a no autoincriminarse y con la asistencia de un abogado para su defensa, admitió que el local referido era administrado por la empresa Londoño Ramírez (268 vto./1B).

3.4.5.3. Londoño Ramírez declaró y juró que arrendó el inmueble a Miguel Ángel Garavito para que lo usara con un restaurante, pero este lo abandonó. En una ocasión, dijo el testigo, fue allí y se enteró que Miguel Ángel le subarrendó a Germán; agregó que, a partir de ese momento, llegó a un acuerdo con este para que le pagara el bodegaje. Afirmó que recibió el pago por la totalidad del tiempo. (144/2, 30/3).

En principio, este testigo concuerda parcialmente con lo expuesto por el acusado en relación con la forma como este llegó al inmueble; pero luego refuta lo dicho por el enjuiciado en lo que tiene que ver con la persona a quien este le pagaba el arrendamiento y el valor de los cánones.

En estos últimos aspectos, dicho testimonio es apoyado con la prueba documental --cuyo contenido y autenticidad fueron ratificados por su autor--, según la cual, el arrendamiento por el bodegaje se pagaba a la inmobiliaria Londoño Ramírez por un valor de cien mil pesos mensuales.

La afirmación de la defensa en el sentido que el certificado sobre la existencia del contrato de arrendamiento, su valor mensual y su duración fue suscrito por el señor Londoño sin soporte y presionado por el denunciante, carece de sustento probatorio y, por el contrario, queda desvirtuada con el recibo de pago reconocido por este testigo y con el hecho que César Londoño no dijo haberlo emitido bajo presión y, por el contrario, reconoció la veracidad de su contenido.

Londoño Ramírez quiso restar importancia a su relación contractual con Aristizábal al asegurar que no fue un arrendamiento, sino un “*bodegaje*”, y que se trata de situaciones diferentes; pero lo cierto es que la esencia del pacto celebrado entre ellos es de arrendamiento, porque Londoño entregó a Aristizábal

un inmueble para que gozara de él, a cambio del pago de un precio, como lo definen los artículos 1973 y 1974 del Código Civil¹⁰.

El esfuerzo de Londoño por demostrar la supuesta diferencia entre las dos relaciones contractuales llegó al extremo de asegurar circunstancias que se desvirtúan fácilmente, como que él tenía las llaves y el control del inmueble y que el ahora acusado no tenía libertad para ingresar a ese sitio, situaciones que ni siquiera el propio sindicato sostuvo --siempre aseveró tener el control y el ingreso a la bodega-- y que, como se verá enseguida, fueron desmentidas por las mujeres que vivían en esa edificación.

En consecuencia, con este testimonio se ha establecido que, aunque el local había sido tomado por Miguel Ángel Garavito, este lo abandonó y permitió a Germán Aristizábal guardar en él los muebles, pero Germán pactó finalmente el arrendamiento con Londoño Ramírez, a quien pagaba los cánones por cien mil pesos al mes. En otras palabras, el contrato de arrendamiento no se ejecutó con Garavito, sino con Londoño y su precio fue de cien mil pesos mensuales y no de cuatrocientos mil pesos por mes.

3.4.5.4. La señora María Nadime Cardona Cardona declaró en varias oportunidades en el proceso (271, 307/1B, 241/2 y audiencia pública).

Juró que vivía en la edificación a la que se refiere este análisis, residencia que compartía con María Antonia Velásquez. Afirmó que trabajaba para César Londoño Ramírez, dueño de la inmobiliaria que administraba esa casa, y que ella era la encargada de cuidarla.

Contó que a ese sitio llegó Germán Aristizábal y guardó unos muebles que, según le informó, estaban por cuenta de la DIAN, y que él les dijo, a ella y a María Antonia, que los vendieran y los cuidaran. Tales cosas estuvieron guardadas allí durante dos años "*larguitos*", de dos a tres años, dijo en sus respuestas.

Esta testigo aseguró que, de las ventas de muebles, ella tomaba el dinero que correspondía al arrendamiento y lo llevaba para pagarlo a Londoño Ramírez, ya

¹⁰ Cfr. CARDONA HERNÁNDEZ, Guillermo. Contratos civiles. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2001, págs. 109 ss.

que el señor César, su empleador, le dijo que él alquiló el local a Germán por cien mil pesos mensuales. Incluso, precisó que en varias ocasiones llevaba más dinero, porque los pagos no eran cumplidos y se acumulaban las deudas de varios meses.

Con contundencia expuso que no conocía a Miguel Ángel Garavito.

Al analizar la declaración de la señora Cardona, de conformidad con las reglas fijadas en el artículo 277 de la Ley 600, se concluye que es creíble, porque tuvo una relación directa con el objeto de su percepción, ya que vivía en la edificación donde se guardaban los muebles (permanecía día y noche, afirmó) y en ella estuvo durante 9 años; explicó las razones de sus dichos; suministró detalles que demuestran su conocimiento de los sucesos, como que el inmueble era de propiedad de Ignacio Gutiérrez, que los bienes estaban por cuenta de la DIAN, que conoció a Fernando González, quien dijo ser el dueño de los bienes, que tales cosas se entregaron a la señora Consuelo Zambrano, y describió que los objetos guardados eran muebles para oficinas, circunstancias que corresponden con la realidad acreditada en el proceso por diversos medios.

En todas sus narraciones fue coherente; incluso, explicó con suficiencia sus respuestas ante algunas preguntas confusas que se le hicieron. Por ejemplo, al insinuársele que cuando llevaba a la inmobiliaria cifras mayores a cien mil pesos era porque el canon mensual era superior a esa suma, ella expuso que en los eventos en que ello sucedía se debía a que se pagaban varios meses por cánones atrasados.

El testimonio de la señora Cardona está confirmado con otros medios de prueba.

César Augusto Londoño Ramírez juró que Nadime era su empleada y tenía como función vigilar ese local, labor por la que él le pagaba, *“por cuenta del propietario”*. Agregó que en ese sitio vivía otra dama, joven de aproximadamente 25 años.

El acusado en su indagatoria corroboró que Nadime era empleada de la inmobiliaria y que con ella dejó varias veces el dinero para el pago del arrendamiento, el que ella llevaba *“a quien estaba encargado de la administración de ese bien”*. Claro está, el sindicado no admitió que pagaba a Londoño Ramírez

(“no recuerdo exactamente lo de la inmobiliaria Londoño Ramírez”, fue una de sus respuestas), ni que el canon fuera de cien mil pesos por mes. Al ser inquirido por la falta de seguridad en sus respuestas, manifestó que él dejaba dineros a Nadime para pagar la obligación con el señor Miguel Ángel Garavito, pero fueron a dar a la inmobiliaria, sin explicación.

María Antonia Velásquez, quien tenía 22 años en la fecha de su primera declaración, expuso que en ese local vivieron Nadime y ella durante 8 años, aproximadamente, que Germán Aristizábal tomó el sitio en arrendamiento para guardar unos muebles de propiedad de “don Fernando”, que Aristizábal tenía como secuestre para la DIAN, que el arrendamiento lo pagaba el sindicato a la inmobiliaria Londoño Ramírez y que Nadime llevaba los dineros por ese concepto a César Augusto Londoño, quien les informó personalmente que era el arrendador (270, 309/1B, 246/2)

Con el testimonio de Nadime Cardona se corrobora que la relación contractual de arrendamiento existió entre Londoño y Aristizábal, que duró más de dos años y que el canon pactado fue de cien mil pesos por cada mes.

3.4.6. La prueba documental y testimonial analizadas, individualmente y en conjunto, permiten predicar con certeza los siguientes enunciados:

3.4.6.1. Que el contrato de arrendamiento se ejecutó entre Germán Aristizábal Garavito y César Augusto Londoño Ramírez, por \$100.000 mensuales, durante 27 meses, desde junio de 2002 hasta septiembre de 2004.

3.4.6.2. Que los informes que presentó Germán Aristizábal Garavito según los cuales pagó por arrendamientos \$400.000 mensuales a Miguel Ángel Garavito desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2004 no corresponden con la realidad.

3.4.6.3. Que Germán Aristizábal Garavito se apropió de \$300.000 mensuales durante el lapso que declaró ante la DIAN como pagado por ese arrendamiento, desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2004.

Pago de servicio de vigilancia inexistente.

3.5. Germán Aristizábal Garavito se apropió de dineros simulando pagar un contrato de vigilancia que no existió. Así se concluye del siguiente razonamiento, fundado en las pruebas válidamente practicadas en este proceso:

3.5.1. Con el informe de su gestión como secuestre presentado a la DIAN con fecha 17 de febrero de 2003, Germán Aristizábal Garavito puso en conocimiento que llegó a un acuerdo de pago con Javier Ortiz, por concepto de salarios y prestaciones adeudados a este, *“...quien se desempeñó (sic) como vigilante en la bodega ubicada en el Km 2 via Circasia. Para cuidar mercancías de la fabrica (sic) de muebles MUEBLEOFICINAS...”*, *“...según liquidación realizada por la oficina del ministerio del trabajo el día 28 de enero de 2008...”*, por un total de \$1.300.000, que fueron pagados supuestamente el 5 de febrero de 2003 *“en mercancías \$1.052.489, en efectivo de venta de artículos \$238.000, en efectivo de mi bolsillo \$9.500, total \$1.299.989.”* (234, 242/1B, 444/DIAN 3).

En dicho informe mencionó que se adeudaban \$600.000 por pago de celador de septiembre a diciembre (se entiende que de 2002) más \$100.000 por su liquidación, ya que trabajó hasta el 31 de diciembre de 2002, *“haciéndome ir a la oficina de trabajo, pues a la fecha se le adeudan un total de \$1'200.000 más \$236.166, según liquidación realizada en la oficina de trabajo, ya que el día 28 de enero de 2003, el señor celador acudió a dicha entidad, de lo cual anexo fotocopia, habiéndose llegado a un arreglo reduciendo la deuda a 1'300.000 para que fueran recibidos en muebles o artículos de la empresa en una parte y el resto en dinero, lo cual queda relacionado según anexo en el acuerdo cancelado al señor Javier Ortiz, celador que laboró hasta el 31 de diciembre de 2002 desde el 1 de mayo de 2002”*

En el documento en el que se hizo constar el supuesto acuerdo de pago, se anotó que *“...se canceló al vigilante las sumas de: en mercancías \$1.052.489, en efectivo de venta de artículos \$238.000, en efectivo de mi bolsillo \$9.500, total \$1.299.989.”*

En el informe de 2 de septiembre 2002 se había expresado que se adeudaban 4 meses de salario al vigilante de la bodega, a razón de \$150.000 mensuales, para

un total de \$600.000 (232/1B). Se entiende de tal informe que se debían los pagos desde mayo de 2002 hasta agosto de 2002.

Y en el informe de 18 de diciembre de 2002 se expuso que se debían \$600.000 por el servicio de celador desde septiembre hasta diciembre --de 2002-- (233/1B).

El acusado explicó en su indagatoria que contrató a Javier Ortiz para cuidar en el local del “Zaguán de las Guitarras” y que desde allí vigilaba también la bodega del frente, la que le alquiló Miguel Ángel Garavito (183/2).

En el libro auxiliar contable que el secuestre aportó ante la DIAN, obrante en el expediente de cobro coactivo anexo a este proceso, Aristizábal registró que pagó las siguientes sumas, por concepto de vigilancia de el “*local nuevo*” frente al “Zaguán”: \$600.000 de mayo a agosto de 2002 (anotación de septiembre de 2002), \$600.000 de septiembre a diciembre de 2002 (anotación diciembre 18 de 2002), \$100.000 por abono a liquidación del vigilante (anotación, febrero 2003).

Según estos registros, los pagos se imputaron al servicio de vigilancia del “*local nuevo*” frente al “Zaguán”; es decir, no de los dos sitios, como lo dijo el procesado en la indagatoria, sino del lugar donde estaban almacenados los muebles. Este fue el reporte que entregó a la DIAN para acreditar las sumas supuestamente pagadas durante su gestión por ese concepto.

De conformidad con los documentos elaborados por el señor Germán, pagó por el servicio de vigilancia a Javier Ortiz \$150.000 mensuales, desde mayo de 2002 hasta diciembre de 2002, más \$100.000 por su liquidación

3.5.2. Las declaraciones que hizo el acusado durante el proceso y los informes que presentó sobre este tema son imprecisos y contradictorios, como pasa a demostrarse.

En el informe de 17 de febrero de 2003, al referirse al acuerdo de pago con Ortiz, expresó que este lo hizo acudir a la oficina de trabajo, donde hicieron la liquidación de lo adeudado. En su indagatoria dijo que Ortiz le hizo un requerimiento ante la Oficina del Trabajo y que él compareció el 28 de enero de 2003 (183/2).

En la audiencia pública, el acusado expuso que en la Oficina de trabajo hicieron la liquidación. Luego, adujo que Ortiz habló con él y le dijo que esa era la liquidación, pero no se encontraron en las oficinas del Ministerio de Trabajo.

Javier Ortiz Valencia rindió su testimonio en la audiencia pública y juró que en la Oficina de Trabajo hicieron la liquidación de la deuda por salarios y prestaciones.

Es evidente, entonces, que el acusado en su informe trató de dar mayor contundencia a su actuación al aducir que compareció a la Oficina de Trabajo, donde los funcionarios públicos hicieron la liquidación del crédito laboral; pero luego expuso que no asistió a esa entidad, aunque dijo que las cuentas manuscritas sí fueron elaboradas en esa institución estatal, para terminar afirmando que fue Ortiz quien le expuso que los cálculos se elaboraron en ese despacho oficial.

3.5.3. La prueba documental desmiente también al procesado en relación con las circunstancias que antecedieron al acuerdo de pago.

A su informe de 17 de febrero de 2003, Aristizábal anexó un aviso de la Inspección de Trabajo de Armenia, con fecha 28 de enero de 2003, en el que consta que en esa fecha se presentó ante esa oficina Javier Ortiz a reclamar por liquidación de prestaciones sociales, más 8 meses de salarios, a razón de \$150.000 mensuales, por el tiempo laborado desde el 1 de mayo de 2002 hasta 31 de diciembre de 2002 (240/1B).

En tal documento aparecen manuscritas unas cifras, de manera desordenada, pero no obra una liquidación oficial, sin que se haya probado quién hizo tales cuentas ni en qué circunstancias se efectuaron.

Con oficio del 24 agosto 2009, la Inspección de Trabajo de Armenia informó que en los archivos sólo se halló ese requerimiento; es decir, que no se encontró constancia de haberse realizado conciliación. A ese comunicado se adjuntó una copia del mismo aviso, pero sin las cifras manuscritas visibles en la copia allegada por el procesado (43/2).

Tales documentos son públicos y, por tanto, su autenticidad se presume.

Con estas pruebas documentales se acredita que en la Oficina de Trabajo de Armenia no se efectuó liquidación de las sumas supuestamente adeudadas y que allí no se hizo conciliación alguna entre el ahora enjuiciado (supuesto empleador) y su presunto trabajador. En otras palabras, que el acusado mintió en sus informes en relación con la forma como se hizo la liquidación y sobre su comparecencia a la Oficina de Trabajo.

También se demerita altamente la credibilidad de Javier Ortiz, quien trató de apoyarlo en este aspecto.

3.5.4. Las circunstancias en que se desarrolló la supuesta labor de vigilancia no son creíbles.

El procesado contó en su indagatoria que Javier Ortiz cuidaba los muebles guardados en el local que le alquiló Miguel Ángel Garavito, pero que lo hacía desde la bodega ubicada al otro lado de la carretera (183/2).

Javier Ortiz Valencia declaró en la audiencia pública. Dijo que trabajó para el enjuiciado vigilando unos muebles de oficina; que laboraba desde seis y media de la tarde hasta seis y media de la mañana, y que desarrollaba su labor como celador, sentado en una silla, desde la parte exterior del inmueble conocido como El Zaguán de las Guitarras o Guitarra y Rumba, que estaba ubicado frente al sitio donde se guardaban esos bienes, al otro lado de la carretera, ya que era vigilante externo de las dos bodegas.

Agregó que Germán no lo presentó en el lugar donde se guardaban los muebles, y que allí vivía una señora, cuya identidad no conoció.

El acusado adujo en su indagatoria que Nadime y su compañera, quienes vivían en la bodega donde se guardaban los muebles, no estaban enteradas del trabajo de celaduría que realizaba Javier Ortiz, “*por obvias razones*”, motivos que no explicó y que no aparecen tan obvios (183, 200/2).

La actividad de vigilancia de unos bienes para evitar que sean sustraídos conlleva necesariamente la posibilidad de observarlos directamente; sin embargo, el señor Ortiz y el procesado adujeron haber utilizado un método que no corresponde con lo que la experiencia demuestra diariamente: Ortiz vigilaba desde una distancia de aproximadamente doce metros (como él lo dijo en la audiencia) unos muebles que, como lo juraron Nadime Cardona y María Antonia Velásquez (habitantes del inmueble que servía de bodega), estaban guardados en su mayoría dentro de la edificación, interior hacia el cual Javier no tenía visibilidad desde el otro lado de la carretera, en horas de la noche, en un sector rural.

Tampoco corresponde con lo que se vive diariamente que Javier Ortiz no haya sido presentado por el administrador de los muebles como su vigilante, ni que se hubiese acercado a la casa donde estaban almacenados para siquiera verificar sus características, a pesar de que debía responder supuestamente por ellos.

Además, el sindicado en su injurada aseguró que Arnulfo Mosquera era quien cuidaba el Zaguán de las Guitarras (conocido también como Guitarra y Rumba), del que Germán también era secuestre (200/2).

Este enunciado hace menos lógica la actuación de Ortiz, ya que, si el sitio conocido como Guitarra y Rumba tenía vigilante, no tenía sentido que Javier se quedara sentado toda la noche en las afueras de ese inmueble (que tenía celador) cuidando desde allí el local que quedaba al otro lado de la carretera.

3.5.5. La labor de vigilancia de Javier Ortiz fue desvirtuada con prueba testimonial.

María Antonia Velásquez, residente en la casa donde se guardaba la mercancía, juró que Germán les dijo, a ella y a Nadime, que cuidaran los muebles, pero, al final, no les pagó por esa labor. Esta declarante afirmó que nadie distinto a ellas cuidaba en ese lugar, que no conoció a Javier Ortiz y que el vigilante de Guitarra y Rumba era el señor Arnulfo (270, 309/1B, 246/2).

La declaración de la señora Velásquez es creíble. Estaba en condiciones adecuadas para percibir directamente los hechos que narró. Vivía en la casa donde se guardaron los muebles, residió allí durante más de ocho años, describió

las características de los bienes, que corresponden a la mercancía del establecimiento embargado, detalló los sitios de la casa donde se almacenaron, demostró conocimiento de sus vecinos y de las personas involucradas con la mercancía que ellas cuidaban: Germán, César Londoño, Fernando y Sandra, a quienes identificó como secuestre, arrendador del local y dueños de las cosas.

María Nadime Cardona Cardona, cuyo testimonio ya fue comentado en aparte anterior, siempre sostuvo que ella y María Antonia eran las encargadas de cuidar los muebles referidos. Comentó que a ella le pagaba la inmobiliaria Londoño Ramírez, pero, además, Germán les dijo que les retribuiría económicamente por la vigilancia de los enseres y nunca les informó que otra persona fuera la celadora. Así lo reiteró en sus diversas declaraciones rendidas en el transcurso del proceso, desde la indagación previa y hasta la audiencia pública. Aseguró que no conoció a Javier Ortiz, que ninguna persona se acercó a ese lugar para vigilarlo y que quien cuidaba al frente, en Guitarra y Rumba, era el señor Arnulfo (271/1B, 307/1B, 243/2 y grabación de la audiencia pública).

En este aspecto, tal testimonio también es creíble, porque, además de las circunstancias analizadas en acápite anterior de esta sentencia, relacionadas con las condiciones particulares de su narración, debe destacarse que la señora Cardona era habitante de esa casa, vivió en ella aproximadamente nueve años, los muebles estuvieron allí durante más de dos años, ella conocía a sus vecinos, por ejemplo, a Arnulfo, el vigilante de Guitarra y Rumba, de quien dijo la testigo que las visitaba, con su esposa, Paola, situación normal entre vecinos y contraria a la inusual práctica contada por Javier Ortiz, quien supuestamente era vigilante, pero incógnito y remoto.

Si María Antonia y Nadime vivían en esa casa, permanecían allí día y noche, es lógico que estuvieran encargadas de la vigilancia, además de ser las personas más idóneas para ello, ya que estaban en contacto permanente con los muebles, contrario al supuesto celador que apenas custodiaba desde el otro lado de la carretera, de noche, y sin poder ver los objetos que debía cuidar.

Los testimonios de María Antonia y de Nadime son coincidentes, no tienen contradicciones intrínsecas ni extrínsecas y resultan apoyados por otras pruebas.

El procesado en su declaración corroboró que Arnulfo Mosquera fue contratado por él para cuidar el Zaguán de las Guitarras (o Guitarra y Rumba), del que él también era secuestre (200/2).

César Augusto Londoño Ramírez, el arrendador de la bodega, bajo juramento aseguró que Nadime trabajaba para él, que ella era la vigilante de ese local y tenía como misión cuidar los muebles en bodegaje, actividad por la que él le pagaba, por cuenta del propietario del lugar (144/2).

Este testimonio, del empleador de la señora Cardona, no sólo confirma sus dichos, sino que también desvirtúa la afirmación de la defensa en el sentido que Nadime cuidaba únicamente la casa y que Javier vigilaba solamente los muebles.

En relación con esta alegación, debe decirse, además, que carece de lógica, pues, Nadime estaba en mejores condiciones para vigilar los muebles, por vivir en el mismo sitio donde se guardaban, y Javier estaría supuestamente en mejor situación para cuidar el inmueble (si se le creyera su increíble versión), ya que lo veía desde el exterior y no entraba a él.

En síntesis, con estas pruebas testimoniales se desvaneció la existencia del trabajo de Javier Ortiz como vigilante de las mercancías en la bodega referida.

3.5.6. El testimonio de Javier Ortiz tiene poca fuerza demostrativa, debido a sus inconsistencias y vacíos y a que fue desvirtuado por otras pruebas.

3.5.6.1. En este aparte, tiene relevancia el análisis que se acaba de hacer sobre los testimonios que infirman que Ortiz fuera el vigilante, estudio al que se agregan los siguientes razonamientos.

3.5.6.2. Ortiz dijo no recordar aspectos trascendentales de los hechos, específicamente, de la supuesta negociación entre él y Germán Aristizábal. Adujo no poder evocar el valor del salario, ni la periodicidad de su pago, ni el tiempo que permaneció allí, ni el dinero que le fue pagado por la presunta celaduría, ni sabía qué personas tenían que ver con los muebles. Expuso: “...no recuerdo absolutamente nada, no pensé que iba a llegar a esto...”

Curiosamente, dijo que nunca reclama nada, pero, en este caso, sí acudió a la Oficina de Trabajo.

Es posible que el olvido se deba al transcurso del tiempo, ya que el testimonio se rindió en la audiencia pública, cuando habían pasado varios años de haber ocurrido los hechos; pero no puede perderse de vista que no se trató de sucesos irrelevantes para el declarante, sino de un episodio de su vida que tuvo trascendencia, ya que supuestamente debió acudir ante las autoridades para reclamar sus derechos, pasaron varios meses sin que le pagaran y, por tanto, debería evocarlos con menor dificultad. Lo ocurrido fue tan importante para él que explicó que, a pesar de que nunca reclamaba, en ese caso sí pidió apoyo de las autoridades.

3.5.6.3. Otras pruebas desvirtuaron apartes de ese testimonio, relacionados con situaciones antecedentes a los acontecimientos centrales de su narración.

El señor Ortiz y el acusado aseguraron que entre ellos también existió un contrato para que aquel vigilara los locales donde estuvieron antes los muebles embargados, entre ellos, uno ubicado en inmediaciones del Centro Comercial Bolívar de esta capital.

Miguel Ángel Martínez Solórzano, quien fue empleado de la empresa embargada, declaró que cuando el ahora enjuiciado se hizo cargo del establecimiento, él y otros de sus compañeros continuaron laborando para tratar de salvar sus salarios y prestaciones sociales. Aseveró que estuvieron varios meses en un local cerca al Centro Comercial Bolívar, en el que permanecían de día, cerraban y quedaba sin vigilancia. Juró no haber conocido a Javier Ortiz, ni haberse enterado de que se pagara celador nocturno (82/3 y audiencia).

Miguel Ángel Rendón Díaz, también trabajador de Muebleoficina, en su testimonio informó que con varios compañeros continuaron tratando de laborar en el local ubicado en la calle segunda norte de Armenia, cercano al Centro Comercial Bolívar, donde ellos estaban de día, cerraban el lugar y no había vigilante (87/3).

Los testimonios de los señores Martínez y Rendón merecen valoración positiva. Ambos fueron trabajadores de la empresa embargada y secuestrada, explicaron claramente las razones por las cuales permanecieron laborando unos meses más con el secuestro, las cuales son lógicas: Trataban de salvaguardar los pagos de sus prestaciones sociales. Tenían relación directa con el objeto de su percepción: En el local referido había un punto de venta; por tanto, debían estar pendientes de esa actividad para obtener ingresos para la empresa, que podrían servir para que les pagaran sus acreencias. Por ello, se daban cuenta de lo que ocurría en relación con el negocio.

Si hubiera trabajado un vigilante diurno, ellos se habrían enterado, por permanecer allí en horas laborables. Si hubiera un vigilante nocturno, también lo habrían sabido, porque, en algún momento, se habrían encontrado con él, al cerrar el local en la noche o al abrirlo en la mañana.

Es inusual que el vigilante no tenga contacto con las personas encargadas del local. Lo normal, lo lógico, es que les reciba cuando cierran y les entregue cuando abran, para verificar que los bienes objeto de ese cuidado permanezcan intactos.

En consecuencia, con estos testimonios se puede predicar que Javier Ortiz tampoco fue vigilante del local ubicado en la calle segunda norte de Armenia.

3.5.7. Se concluye en este capítulo, con base en el anterior análisis, que el señor Germán Aristizábal Garavito se apoderó de \$1.300.000 simulando pagar por el servicio de vigilancia a Javier Ortiz, correspondiente a 150.000 mensuales durante mayo de 2002 a diciembre de 2002, más \$100.000 por su liquidación laboral.

Elementos del delito de Peculado cometido por el acusado

3.6. Las consideraciones anteriores llevan a concluir que el señor Germán Alberto Aristizábal Garavito se apropió, en provecho suyo, de dineros de la empresa Muebleoficina, cuya administración, tenencia y custodia se confió por razón de sus funciones públicas como auxiliar de la justicia que le fueron asignadas por una autoridad judicial y por una administrativa, competentes para ello.

Se demostró que se apoderó de sumas de dinero al declarar que hizo pagos por valor mayor en un arrendamiento de un local y por un servicio de vigilancia que no existió.

Esa conducta corresponde a la descripción típica que hace el artículo 397 del Código Penal del delito de Peculado.

El señor Aristizábal realizó voluntariamente los actos con los que se apropió de los bienes, elaboró informes en los que hizo constar los gastos inexistentes, asentó sus registros en el libro de contabilidad, confeccionó dos documentos contentivos de acuerdos de pagos por esos conceptos; es decir, dirigió su comportamiento a construir las bases para aparentar la veracidad de tales transacciones.

Con su conducta, el señor procesado vulneró el bien jurídico de la administración pública, tutelado por el derecho penal, puesto que defraudó la confianza que los administrados tienen en las actuaciones relacionadas con la función pública; en este caso, la que cumplen los secuestres designados para administrar los bienes de las personas, aprisionados mientras se soluciona un litigio. No hubo justa causa para la acción del enjuiciado.

El hecho típico y antijurídico fue culpable, cometido con conocimiento de su ilicitud. El señor Aristizábal es persona mayor de edad, con formación universitaria, tenía experiencia como secuestre, conocía las obligaciones del auxiliar de la justicia; es decir, tenía plena consciencia de que obraba contra la ley, con dolo.

3.7. Así las cosas, el acusado es penalmente responsable del delito de Peculado y, por ello, la declaración de condena por tal punible debe confirmarse.

3.8. El Peculado, en estos casos, se configura como una sola apropiación (no como un concurso de delitos), ya que se consuma cuando el secuestre debe devolver los bienes; en otras palabras, es en esa ocasión en la que se determina si hubo o no apoderamiento de los bienes que se le confiaron.

Así lo ha enseñado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP9807-2015, en la que explica que la obligación de devolución de los bienes, sólo nace a la vida jurídica cuando el secuestre es reemplazado o termina sus funciones, caso en el cual “...éste entregará los bienes a quien corresponda inmediatamente se le comuniqué la orden, en la forma prevista en el numeral 9º del artículo 9º...”; según lo estipulado en el artículo 688 del Código de Procedimiento Civil (normativa vigente para la época de los sucesos objeto de este juicio).

En este evento, como se probó con los documentos públicos obrantes en el expediente del procedimiento de cobro coactivo adelantado por la DIAN, por medio de auto de 10 de junio de 2004, la División de Cobranzas de la DIAN en Armenia levantó las medidas cautelares dispuestas sobre la empresa Muebleoficina y en la misma fecha comunicó a Germán Alberto Aristizábal Garavito que sus funciones como secuestre del establecimiento comercial cesaron y que debía entregar el mismo a la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado (251, 339/1B, 606, 608/DIAN 5).

Aristizábal Garavito, en escrito con fecha 16 de junio de 2004, adujo que recibió la comunicación de la DIAN sobre la terminación de su labor como secuestre el 14 de junio de 2004 (246, 250/1B).

En esa fecha surgió para Aristizábal Garavito la obligación de entregar debidamente el establecimiento de comercio, pero esa entrega se produjo el 30 de septiembre de 2004 (260/1B).

En ese momento, se consumó la apropiación de los bienes (en este caso, del dinero) que no entregó.

Por tanto, hasta esa fecha, 30 de septiembre de 2004, deben tenerse en cuenta las apropiaciones.

No sobra agregar que las cuentas presentadas por el secuestre incluyeron los arrendamientos pagados hasta el mes de septiembre de 2004, cuando entregó los bienes que tenía bajo su custodia.

Se responde, así, a la tesis que planteó la Fiscalía sobre la comisión de un concurso de Peculados y que el Juzgado no definió de manera clara. Del mismo modo, se contesta el cuestionamiento de la defensa sobre la época de comisión del delito.

La defensa ha aducido que la Fiscalía en la acusación fijó una época clara de comisión de los delitos, entre el 13 de diciembre de 2001 y el 16 de junio de 2004; pero la apelante pasa por alto que tal delimitación temporal se refirió a la consumación de los delitos de Falsedades en documentos públicos, pero no del Peculado (folio 283/cuaderno 4).

3.9. En relación con la cuantía de lo apropiado, se tiene:

La decisión judicial solo puede fundarse en lo probado debidamente, de conformidad con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Esta premisa es necesaria para predicar que la cuantía del delito solo corresponde a la establecida para los episodios que se hayan probado con certeza.

En este caso, como se ha declarado ya, se probó con certeza que el procesado se apoderó de las siguientes sumas de dinero:

\$300.000 mensuales durante el lapso que declaró ante la DIAN como pagado por arrendamiento, desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2004, es decir, durante 29 meses. En total, \$8.700.000.

\$1.300.000, simulando pagar por el servicio de vigilancia a Javier Ortiz, correspondientes a 150.000 mensuales desde mayo de 2002 a diciembre de 2002, más \$100.000 por su liquidación laboral.

Sumadas las dos cifras, se concluye que el valor de lo apropiado, para la fecha de comisión del delito (30 de septiembre de 2004) fue de diez millones de pesos (\$10.000.000).

Varios dictámenes periciales se trajeron al proceso en los que se hicieron comparaciones entre las cuentas presentadas por el secuestro (ingresos y egresos) y los valores de los inventarios recibidos y entregados. Varios comentarios se hicieron durante el proceso acerca de la mala administración, de la informalidad de las ventas, incluso, de las supuestas apropiaciones de muebles; pero tales hechos no fueron objetos de acusación y, por ello, no pueden ser tenidos en cuenta en la sentencia.

4. Perjuicios

La condena al pago de perjuicios en favor de Fernando González Mancilla se revocará y, en su lugar, se negarán las pretensiones del demandante (4.1.); además, se impondrá la condena al pago de perjuicios en favor de la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado (4.2.), por las siguientes razones:

4.1. Fernando González Mancilla no tiene legitimación en la causa para reclamar el pago de perjuicios en este proceso.

4.1.1. Fernando González Mancilla presentó demanda de constitución en parte civil en dos oportunidades en este proceso penal. En ambas demandó que se condenara a Germán Alberto Aristizábal Garavito por haberle causado perjuicios morales y materiales con la comisión de los delitos materia de este proceso penal.

La primera de ellas fue presentada durante la indagación preliminar que culminó con el archivo de la actuación (1 ss./cuaderno de parte civil). La segunda se propuso después de la resolución de 2 de septiembre de 2010, por medio de la cual se declaró abierta la investigación (148, 165/2).

Las dos demandas fueron admitidas por la Fiscalía instructora, en su orden, por medio de resoluciones de 12 de junio de 2007 (9/parte civil) y de 30 de septiembre de 2010 (172/2).

4.1.2. Al contestar ambas demandas, Aristizábal Garavito propuso como excepción de fondo la falta de legitimación en la causa por activa de Fernando

González Mancilla, ya que el establecimiento de comercio objeto de embargo y secuestro fue adjudicado a Sandra Consuelo Zambrano Delgado (13, 44/parte civil).

El juzgador de primera instancia no hizo un análisis de la excepción propuesta y tácitamente reconoció que el demandante sí tenía esa legitimación, razón por la que condenó al demandado a pagarle perjuicios por los daños causados con los delitos.

4.1.3. La legitimación en la causa es un presupuesto indispensable para la prosperidad de las pretensiones; por ello, como lo expresó esta Sala Penal en auto de 11 de junio de 2014¹¹, su análisis debe hacerse en la sentencia que pone fin al trámite procesal, criterio también sostenido por la Sala Civil Familia Laboral de este Tribunal Superior, entre otras, en sentencia laboral de diciembre 11 de 2013¹², con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil¹³ y Laboral¹⁴.

En auto de marzo 12 de 2014 (proceso civil, radicación 63 001 31 03 003 2012 00175 01)¹⁵, la Sala Civil Familia Laboral de este Tribunal precisó al respecto:

“No escapa al Tribunal la impropiedad en que incurrió el juez de primera instancia al sostener que la legitimación en la causa es un presupuesto procesal, pues en realidad esa categoría es propia del derecho sustancial, porque se refiere a los elementos definidores o constitutivos de la pretensión invocada y es ajena al proceso, en la medida en que no hace parte de los requisitos para la integración o desarrollo válido del mismo; por lo tanto, la ausencia de legitimación en la causa no es impedimento para resolver de fondo la pendencia, sino un motivo para decidirla adversamente al demandante, pues si este no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada encarar (*sic*) esa exigencia, el fallo ha de ser contrario a las pretensiones de aquel¹⁶”.

¹¹ Radicación 63 001 60 00034 2008 00988.

Las decisiones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Quindío, pueden consultarse en su página de internet: www.tribunalsuperiorarmenia.gov.co

¹² Magistrado ponente Jorge Arturo Unigarro Rosero.

¹³ Sala de Casación Civil, sentencia SC 038 de 2007.

¹⁴ Sala de Casación Laboral, sentencia de 10 de abril de 2013 (radicación 59.697).

¹⁵ Magistrado ponente César Augusto Guerrero Díaz.

¹⁶(cita en el texto original) Ver sentencia de casación civil de 27 de octubre de 1987, G.J. T. CLXXXVIII, Pág. 267, doctrina reiterada entre otras, en Sent. Cas. Civ. de 8 de febrero de 2002, Exp. No. 6735.

4.1.4. Como es un presupuesto para la prosperidad de la pretensión, el juzgador tiene la obligación de analizarla, incluso de oficio, y mucho más cuando se ha propuesto como un mecanismo de defensa por la parte demandada.

Así lo ha enseñado la jurisprudencia constante de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; entre otras, en sentencia SC2642-2015:

“5. Aunados los anteriores dos conceptos, se concluye que cuando los sentenciadores de instancia asumen el estudio de la legitimación y determinan su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada.

En complemento de lo anterior, debe señalarse que, en estrictez,

“la legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, no es una excepción sino que es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda dictar providencia de mérito, ora favorable al actor o bien desechando sus pedimentos, porque entendida ésta ‘como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio; de allí que se imponga examinar de entrada la legitimación que le asiste a la parte demandante para formular la pretensión’ (sentencia de casación N° 051 de 23 de abril de 2003, expediente 76519)” (CSJ SC de 23 de abril de 2007, Rad. 1999-00125-01; se subraya).”

4.1.5. Cuando el juzgador de segunda instancia se pronuncia sobre la legitimación en la causa, incluso, si la misma no ha sido propuesta, no vulnera el principio de congruencia, ni las limitaciones fijadas por las leyes procesales para resolver el recurso de apelación.

Ya se ha visto cómo la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha enseñado que, con independencia de su proposición como medio de defensa, el juzgador de primera o segunda instancias tiene la obligación de estudiar ese presupuesto de la prosperidad de la pretensión.

Esa línea se ratificó en sentencia de tutela STC15425-2019, en la que la Sala de Casación Civil declaró que se vulnera el derecho fundamental al debido proceso

cuando no se analiza en la sentencia de segunda instancia la legitimación por activa o por pasiva.

En esa decisión se tuteló el derecho al debido proceso de una de las partes en un proceso civil porque un Tribunal Superior, en segunda instancia, omitió revisar la legitimación en la causa con el argumento que la misma no había sido cuestionada en la apelación y que, por tanto, así quedó clausurado cualquier debate al respecto. La Sala de Casación Civil, precisó sobre el particular:

“Así las cosas, la Sala colige el Tribunal accionado olvidó que la legitimación en la causa es uno de los requisitos necesarios e imprescindibles para que se pueda proferir sentencia, atendiendo que ésta constituye uno de los presupuestos requeridos para ello, sea estimatoria o desestimatoria, si se tiene en cuenta que es la designación legal de los sujetos del proceso para pugnar el derecho debatido ante la jurisdicción y, en consecuencia, es obligatorio realizar su análisis, pues en caso de no advertirse, sea en el extremo demandante, en el demandado, o en ambos, el resultado no puede ser adverso, sin siquiera analizar a profundidad los puntos en discusión, como lo ha mencionado la jurisprudencia.”

(...)

En ese orden, resulta claro que era imperativo para el Tribunal querellado verificar si respecto de la parte demandante se cumplía uno de los presupuestos de la pretensión, es decir, el de la legitimación en la causa, aspecto respecto del cual omitió emitir pronunciamiento.

Ante tal panorama, es evidente que la sede judicial cuestionada, transgredió el derecho al debido proceso del quejoso, en tanto no podía evadir el estudio de la falta de legitimación en la causa por activa, tras considerar que dicho aspecto no había sido objeto de reparo alguno por parte del apelante, en la medida en que se trata de un tema de análisis oficioso, que por demás, fue controvertido por el demandante al remitir en la sustentación del recurso de apelación a los argumentos expuestos al momento de descorrer el traslado de las excepciones, en los que cuestionó la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y, que exigía un pronunciamiento; irregularidad que torna ineludible la concesión del amparo constitucional deprecado, con el fin de conjurar la vulneración advertida.”

4.1.6. En este proceso no solo se propuso como “excepción” de fondo la falta de legitimación en la causa por activa, sino que, además, es un tema inescindiblemente ligado a la apelación.

Como ya se anotó, en las contestaciones a las demandas de la parte civil, la parte demandada alegó que el demandante no está legitimado en la causa por activa.

Tanto el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de los hechos y de la demanda, como el canon 282 del Código General del Proceso (vigente en la actualidad), normas a las que se acude por disposición del principio rector de integración o remisión contenido en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, establecen que *“cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”* (Subraya este Tribunal).

El artículo 204 de la Ley 600 de 2000 prevé que, en la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.

En este caso, las dos partes apelaron la condena en perjuicios. El demandante adujo que debe reconocerse una suma mayor por daño emergente, pero que, además, debe declararse que también se afectó su lucro cesante por los ingresos que dejó de percibir de su empresa, y que sufrió perjuicios morales. El demandado alegó que la condena en perjuicios debe ser por un valor menor al tasado en la sentencia recurrida.

En este orden de ideas, si el demandante pide que se le reconozcan perjuicios materiales por lucro cesante y perjuicios morales, que le fueron negados en la sentencia apelada, es indispensable analizar si fue afectado o no con un daño; pues, sin daño no hay perjuicio.

La afectación con el daño genera el derecho a reclamar indemnización por los perjuicios causados; es decir, determina si la persona que demanda es o no titular del derecho sustancial que reclama (legitimación en la causa por activa).

4.1.7. De acuerdo con lo anterior, tanto de oficio, como por ser un tema inescindiblemente vinculado con la apelación, el Tribunal debe pronunciarse sobre la legitimación en la causa por activa en este caso.

4.1.8. Fernando González Mancilla no sufrió daño con la actuación ilícita del secuestre objeto de este proceso penal.

No puede perderse de vista el contexto en el que ocurrieron los hechos delictivos por los que ahora ha sido condenado Germán Alberto Aristizábal Garavito.

La Sala se remite a la narración presentada en el capítulo de hechos de esta sentencia, para no repetirla.

El embargo de la empresa Muebleoficina, que era de propiedad de Fernando González Mancilla, se hizo efectivo en el proceso de Familia promovido contra él por su excompañera Sandra Consuelo Zambrano Delgado. La DIAN reclamó la prelación de créditos y el bien quedó embargado por cuenta del proceso de cobro coactivo ya conocido.

Germán Alberto Aristizábal Garavito actuó como secuestre de ese establecimiento de comercio mientras estuvo vigente el embargo decretado sobre el mismo en ambos procesos.

Con el embargo, la empresa pasó a ser administrada por el Estado, por medio del secuestre, mientras se decidía en el proceso de familia a quién se adjudicaba.

La empresa Muebleoficina, que había sido de propiedad de Fernando González Mancilla, y que fue administrada por el secuestre Germán Alberto Aristizábal Garavito, fue sacada del patrimonio de González Mancilla y entregada a otra persona, por orden judicial.

Por medio de sentencia 185 del 26 de julio de 2002, el Juzgado Segundo Familia de Armenia aprobó el trabajo de partición presentado en el proceso de declaración de la unión marital de hecho y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes en el que se dispuso inicialmente el embargo de la empresa referida (358/3 DIAN).

En el trabajo de partición aprobado, en la hijuela primera, se adjudicó a Sandra Consuelo Zambrano Delgado el establecimiento de comercio Muebleoficina (362/3 DIAN).

Fue precisamente por la ejecutoria de esa sentencia judicial que la DIAN, por medio de auto de 10 de junio de 2004, levantó el embargo del establecimiento de comercio Muebleoficina y ordenó al secuestre su entrega a la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado (251/1B, 606/DIAN 5). Como el bien ya no pertenecía a Fernando González Mancilla, no podía continuar embargado para saldar las cuentas pendientes que este tenía con la administración de impuestos.

Lo que quedaba de ese establecimiento de comercio fue entregado por el secuestre a la señora Zambrano Delgado el 30 de septiembre de 2004.

La obligación de indemnizar en estos casos tiene como fundamento el daño causado con el delito a una persona determinada.

El artículo 1494 del Código Civil establece que una de las fuentes de las obligaciones es el hecho que infiere injuria o daño causado a otra persona, como en los delitos, regla ratificada en el canon 2341 de la misma normativa.

En ese orden de ideas, el titular del derecho a indemnización por los perjuicios causados es quien haya sufrido el daño con el delito.

Como lo enseña el profesor Juan Carlos Henao, *“si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil”*; por tanto, concluye el tratadista, el daño es requisito necesario para que se declare la responsabilidad.¹⁷

En este caso, los ingresos que produciría la empresa en ese lapso en que estaba bajo la custodia del Estado no podían ser entregados a quien aparecía como su propietario cuando fue embargada y secuestrada.

Mientras el establecimiento de comercio estuvo secuestrado por cuenta del proceso de cobro coactivo de la DIAN, los ingresos que produjera se tenían que destinar al pago de la deuda que por impuestos tenía el demandado con el

¹⁷ HENAO, Juan Carlos. El Daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 35 ss.

Estado; en otras palabras, si hubieran existido ganancias, estas no habrían sido para González Mancilla.

La DIAN, por medio de oficio 0554 de 26 de abril de 2013 informó que las consignaciones hechas por el secuestre desde 27 de agosto de 2001 fueron abonadas a las deudas que Fernando González Mancilla tenía por concepto de impuestos (55/4).

El secuestro del bien por cuenta del proceso del juzgado de familia tampoco le permitía a González percibir réditos de la empresa, ya que los mismos permanecerían en la cuenta de depósitos judiciales para ser entregados a quien se adjudicara el bien.

El establecimiento de comercio fue adjudicado a Sandra Consuelo Zambrano Delgado.

4.1.9. En consecuencia, los actos ilícitos del secuestre causaron daño a la persona a quien se adjudicó la empresa, ya que a ella debían ser entregados la totalidad de los bienes que hacían parte del establecimiento de comercio y las utilidades que pudieron haberse dado durante el lapso de duración del proceso de familia, en el que se dispusieron inicialmente las medidas de embargo y secuestro con el fin de aprisionar los bienes para entregarlos a quien se decidiera en la sentencia.

El patrimonio finalmente afectado no fue el de Fernando González Mancilla, sino el de Sandra Consuelo Zambrano Delgado

La empresa fue adjudicada a ella por el Juzgado Segundo de Familia de Armenia mediante sentencia de 26 de julio de 2002 y fue entregada a ella el 30 de septiembre de 2004. Las demandas de constitución en parte civil fueron presentadas en los años 2007 y 2010, cuando la empresa no pertenecía al demandante González Mancilla.

4.1.10. Por lo anterior, como el demandante no era el titular del derecho a reclamar la indemnización de perjuicios por el delito consumado por el secuestre,

no tiene legitimación en la causa y, en consecuencia, sus pretensiones no prosperan.

Es importante resaltar que no se niega la existencia del daño, sino que se declara que el titular del derecho a reclamar su reconocimiento no es el demandante.

4.1.11. Así las cosas, se revocará la condena en perjuicios en favor del demandante y se negarán sus pretensiones.

4.1.12. Para finalizar este capítulo, como el demandante recibió el valor de los perjuicios tasados en la sentencia apelada (349, 351/6), a pesar de no ser el titular de ese derecho, se le ordenará que devuelva ese dinero a la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de primera instancia, en un término máximo de un mes, contado desde la ejecutoria de esta sentencia, con el fin que queden a disposición de quien realmente debe recibir la indemnización.

4.2. Sandra Consuelo Zambrano Delgado es la persona realmente afectada con el daño causado y en su favor se debe disponer el pago de la indemnización por perjuicios.

4.2.1. En las consideraciones que se acaban de hacer, ya se concluyó que los actos ilícitos del secuestre causaron daño a la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado, a quien se adjudicó la empresa, ya que a ella debían ser entregados la totalidad de los bienes que hacían parte del establecimiento de comercio y las utilidades que pudieron haberse dado durante el lapso de duración del proceso de familia, en el que se dispusieron inicialmente las medidas de embargo y secuestro con el fin de aprisionar los bienes para entregarlos a quien se decidiera en la sentencia.

4.2.2. de conformidad con el Código de Procedimiento Penal por el que se rige este proceso, contenido en la Ley 600 de 2000, el juez debe condenar al pago de perjuicios, incluso de oficio, cuando estos se han probado.

El artículo 21 de dicho estatuto establece como principios rectores del proceso penal el restablecimiento del derecho y la reparación de perjuicios. A su vez, los

cánones 56 y 170 disponen que, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible.

4.2.3. El daño emergente; es decir, *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación”* (artículo 1614 del Código Civil), en este caso, se probó por medio de los testimonios y documentos analizados anteriormente (argumentación 3.), con los que se acreditó que el acusado se apoderó de dineros que pertenecían a la empresa; es decir, que, en vez de entregarlos a la señora Zambrano, a quien le fueron adjudicados por sentencia judicial, los dejó para él. Este daño se ha cuantificado en los diez millones de pesos (\$10.000.000) de los que se apropió Aristizábal Garavito.

4.2.4. No se probó la existencia de lucro cesante, definido por el artículo 1614 del Código Civil como *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*.

No se acreditó que la empresa embargada hubiera generado ganancia con posterioridad a su secuestro; por el contrario, se estableció que no estaba en condiciones de producir cuando fue entregada al secuestro.

Fernando González Mancilla declaró bajo la gravedad del juramento que, antes de hacerse efectiva la medida de secuestro, él retiró de la fábrica la maquinaria que servía para elaborar los muebles (21/3), afirmación que fue confirmada con el documento contentivo del inventario de elementos recibidos por el secuestro y firmado por González, en el que se hizo constar que *“no se encontró ningún tipo de maquinaria ni herramienta para desarrollar la actividad económica propia de la empresa, a excepción de un cabezote de compresor, bancos de carpintería, referenciados en el inventario”* (copias autenticadas por el Juzgado de Familia, tomadas del proceso que allí se llevó, 12 ss./1).

También se estableció que González Mancilla retiró mercancía de la fábrica, antes de entregar el establecimiento de comercio al secuestro, como lo dijo el

procesado en su indagatoria (181/2) y lo confirmó bajo juramento el abogado que apoderó a González en el proceso de familia, quien explicó que su cliente actuó lícitamente porque aun no estaba disuelta la sociedad patrimonial de hecho con su compañera (287/1B).

Con el inventario y con los testimonios de los empleados de la empresa embargada Miguel Ángel Rendón Díaz (87/3) y Miguel Ángel Martínez Solórzano (266/1B, 82/3) se conoció que en el establecimiento de comercio quedaron muebles sin terminar (“*en crudo*”) y algunas materias primas que no eran suficientes para continuar con la producción.

El producto de los muebles que fueron vendidos se abonó a las deudas que por impuestos tenía su anterior propietario con la DIAN, como se demostró en el proceso con el oficio 0554 de 26 de abril de 2013, en el que esa entidad informó que las consignaciones hechas por el secuestre desde 27 de agosto de 2001 fueron destinados a tal pago (55/4).

Pero, además, con documentos cuya autenticidad y veracidad no fueron desvirtuadas, anexados al expediente de cobro coactivo de la DIAN, se estableció que, con los pocos dineros que pudieron ingresar por la venta de la mercancía que quedó, debieron pagarse otras obligaciones, como honorarios del secuestre, créditos laborales, servicios públicos, arrendamientos reales de locales, entre otros, necesarios para el sostenimiento mínimo de la empresa.

Según lo anterior, no era posible que la empresa obtuviera ganancias, ya que, se reitera, no había forma de producir muebles para generar nuevos ingresos que superaran los gastos que debieron efectuarse lícitamente durante su administración.

4.2.5. Tampoco se probó la ocurrencia de perjuicios morales. No existe ninguna base probatoria para predicarlos en relación con la señora Zambrano.

4.2.6. En consecuencia, para la tasación de la indemnización que debe pagar el condenado a la señora Zambrano se tendrá en cuenta el valor por el daño emergente, \$10.000.000, que se indexará, para actualizar la deuda debido a la pérdida de su poder adquisitivo por el paso del tiempo, como lo ordenan los

artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 21 de la Ley 600 de 2000, para hacer efectivos los principios de reparación integral y de equidad.

El cálculo de la actualización del valor del dinero se hace durante el período comprendido entre el 30 de septiembre de 2004, fecha de comisión del delito de Peculado, y el 1 de octubre de 2018, fecha en la que el sancionado consignó la suma que por concepto de perjuicios se tasó en la sentencia de primera instancia (349/6).

Cálculo de cantidad única indexada				
	AÑO	*MES		
Fecha Final:	2018	10	IPC - Final	99,59
Liquidado Desde:	2004	09	IPC - Inicial	55,67
Capital:	\$ 10.000.000,00			
VALOR ACTUALIZADO	\$ 17.889.347,94			

*Fórmula utilizada: $VA = VH \times (IPC.F / IPC.I)$	
VA= Valor Actualizado	
VH= Valor Histórico (Capital)	
IPC.F= IPC FINAL	
IPC.I= IPC INICIAL	

4.2.7. Como conclusión, se condenará al acusado a pagar la suma de \$17.889.347,94 como indemnización de perjuicios en favor de la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado.

5. Dosificación punitiva

Como se declararon prescritas las acciones penales por los ilícitos de Falsedades ideológicas en documentos públicos y se concluyó que se consumó un solo delito de Peculado, debe procederse a la nueva dosificación de la pena.

5.1. El artículo 397 del Código Penal, en su redacción vigente para la época del delito (Ley 599 de 2000), más favorable que la actual (Ley 1474 de 2011), establecía penas principales de prisión de cuatro (4) a diez (10) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado, cuando dicha cuantía no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para este caso, debe tenerse en cuenta que el Decreto 3770 de 2003¹⁸ fijó para el año 2004 el salario mínimo legal mensual –smlm-- en \$358.000. El valor de lo apropiado, \$10.000.000, equivale a 27,93 smlm de ese año.

5.2. Para calcular la sanción, el ámbito punitivo de movilidad (diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena), equivalente en este caso a 6 años (10-4), se divide en cuartos ($6/4=1.5$), así:

Cuarto mínimo: desde 4 años hasta 5 años y 6 meses ($4+1.5=5.5$).

Dos cuartos medios: desde 5 años, 6 meses y 1 día hasta 8 años y 6 meses ($5.5+1.5+1.5=8.5$).

Cuarto máximo: desde 8 años, 6 meses y 1 día, hasta 10 años ($8.5+1.5=10$).

5.3. Según el artículo 61 del Código Penal, como en este evento particular no se atribuyeron al acusado circunstancias de mayor punibilidad, pero sí se estableció una de menor punibilidad consistente en la ausencia de antecedentes penales (artículo 55, numeral 1 Código Penal), la sanción debe calcularse en el cuarto mínimo: desde 4 años hasta 5 años y 6 meses.

Dentro de ese cuarto, el Juzgado impuso el mínimo de la sanción por el delito de Peculado: 4 años.

Como, debido a la falta de legitimación en la causa de la parte civil, no se pueden atender sus reclamos sobre la punibilidad y, por tanto, el acusado queda como apelante único, se mantendrá la sanción fijada por el Juzgado de primera instancia.

La multa se modificará porque el valor de lo apropiado fue de \$10.000.000, de conformidad con la valoración probatoria hecha en segunda instancia (consideración 3.9.)

¹⁸ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1784135> Sistema único de Información normativa Juriscol, Ministerio de Justicia.

5.4. La defensa ha demandado que se aplique la reducción de punibilidad prevista en el artículo 401 del Código Penal, porque el enjuiciado restituyó el valor de lo apropiado.

De conformidad con dicha norma (tanto en su redacción original de la Ley 599 como en la actual de la Ley 1474), si antes de dictarse sentencia de segunda instancia se reintegra lo apropiado, la pena se disminuirá en una tercera parte.

El procesado reintegró \$11.900.000, cantidad que fue declarada en la sentencia de primera instancia como la apropiada, dinero que fue entregado a Fernando González Mancilla –parte civil-- (349, 351/6).

Ese hecho genera la reducción de la pena en una tercera parte.

5.5. Por ende, las sanciones principales que debe descontar Germán Alberto Aristizábal Garavito serán de 32 meses de prisión, 32 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicos y multa por \$6.666.666.

6. Subrogado penal

El enjuiciado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como pasa a demostrarse.

6.1. En este caso, debe aplicarse la redacción del artículo 63 del Código Penal vigente para la época del delito (Ley 599 de 2000), antes de sus reformas, por ser más favorables para el procesado, como lo ordena el artículo 29 de la Constitución Política.

Según dicha disposición, la ejecución de la pena privativa de la libertad se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años, (ii) que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

6.2. La pena privativa de la libertad impuesta a Aristizábal Garavito es de 32 meses de prisión; es decir, inferior a 3 años.

6.3. Sin embargo, para la Sala, en este caso específico es necesaria la ejecución de la pena, ya que el delito sancionado es más grave que otros de su especie.

El procesado no consumó el delito de Peculado con un simple apoderamiento de alguna suma de dinero de la empresa que manejó, sino que elaboró y realizó un trabajo bien planificado, para dar apariencia de licitud a su comportamiento. Para ello, fingió la existencia de los gastos por medio de varios actos, confeccionó informes, simuló varias conciliaciones e hizo aparecer contablemente como legítimos unos gastos que solo encubrían la apropiación.

Actuó como servidor público, como auxiliar de la justicia, lo que le generaba más compromiso con la comunidad, por la confianza que los asociados tienen en la administración de justicia, de la que esperan pulcritud en el manejo de sus bienes y la devolución de los mismos en condiciones íntegras.

Por ello, debe ser sometido a tratamiento penitenciario para que se cumplan los fines no solo de prevención especial, sino además de retribución justa y de reinserción social, consagrados en los artículos 3 y 4 del Código Penal.

7. Anotación final

La parte civil solicita que se dispongan investigaciones penales contra varias personas por varios delitos.

En relación con esa petición, la Sala responde que, si la señora apoderada de esa parte tiene los elementos suficientes para afirmar la posible comisión de delitos, es su deber presentar directamente la denuncia respectiva, aportando los medios de prueba que tenga en su poder, sin que tenga que poner a los jueces como intermediarios para el cumplimiento de esa carga ciudadana (artículos 27 de la Ley 600 y 67 de la Ley 906).

No sobra recordar que a lo largo de este proceso el denunciante y sus abogados pidieron que se vincularan varias personas para investigar penalmente sus conductas, pero la Fiscalía no accedió a esas peticiones, en ejercicio de la titularidad que tiene de la acción penal (artículo 250 de la Constitución Política).

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Quindío, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR EXTINGUIDAS LAS ACCIONES PENALES, por prescripción, en relación con los delitos de Falsedades Ideológicas en Documentos Públicos por los que fue acusado el procesado Germán Alberto Aristizábal Garavito, en este caso. Por lo tanto, SE DECLARA LA CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO en relación con los delitos contra la fe pública referidos.

SEGUNDO: CONFIRMAR la CONDENA impuesta en la sentencia apelada al acusado Germán Alberto Aristizábal Garavito como autor responsable de la comisión de un delito de Peculado por apropiación, consumado en las circunstancias mencionadas en la parte motiva, con la MODIFICACIÓN en el sentido que las penas principales que debe descontar son de 32 meses de prisión, 32 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicos y multa por \$6.666.666.

TERCERO: CONFIRMAR la negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CUARTO: REVOCAR la condena en perjuicios en la forma impuesta en primera instancia y, en su lugar, NEGAR las pretensiones del demandante Fernando González Mancilla, por falta de legitimación en la causa.

QUINTO: CONDENAR a Germán Alberto Aristizábal Garavito a pagar a la señora Sandra Consuelo Zambrano Delgado la suma de \$17.889.347,94 como indemnización de perjuicios causados a ella con el delito.

SEXTO: ORDENAR a Fernando González Mancilla que devuelva a la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia la suma de \$11.900.000 que el acusado consignó como indemnización de perjuicios y que fue recibida por el demandante, a pesar de no tener el derecho. Para dicha devolución, se concede a Fernando González Mancilla el plazo de un mes, desde la ejecutoria de esta sentencia.

Contra esta sentencia procede el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a su última notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JHON JAIRO CARDONA CASTAÑO



HENRY NIÑO MÉNDEZ



JUAN CARLOS SOCHA MAZO