

Honorable Juez(a)
JUZGADO SEXTO (6º) ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Atte. Dra. María Claudia Varona Ortiz
E. S. D.
Popayán Cauca

Ref.: CONTESTACIÓN DEMANDA
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Proceso No.: 2020 00057 00
Actor: LICETH CAICEDO BALANTA y OTROS.
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRA

ELIER ERNEY CASTILLO CÁRDENAS, mayor, domiciliado en la ciudad de Popayán, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.480.196 expedida en Santander de Quilichao, Cauca, con Tarjeta Profesional número 140.187 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Nit. 800.152.783-2**, de conformidad con el poder que adjunto con sus respectivos anexos, con todo respeto y oportunamente, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** que concita el asunto *sub examine*, así:

A. OPORTUNIDAD

Presento la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, dentro del término establecido en el Artículo 175 del C.P.A.C.A.

B. FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS

Al **hecho primero (1º)**, de la demanda, me atengo a lo que resulte plenamente probado dentro del proceso de la referencia, habida cuenta que al estar directamente relacionados estos hechos con el ámbito personal, laboral del demandante y su núcleo familiar, **no le consta a la Fiscalía General de la Nación**, además están acompañadas de meras apreciaciones subjetivas del actor de las cuáles me encuentro relevado a pronunciarme.

Al **hecho segundo (2º)**, de la demanda, parcialmente CIERTO, lo cual conforme a la Constitución Política se estableció en el artículo 122¹, premisa legal. También se observa que no se tiene prueba que acredite la calidad de Servidora Pública² como Jefe de la Unidad de Control Interno, lo cierto es que fue vinculada al proceso penal por varios delitos entre ellos Prevaricato por Omisión al no cumplir con las funciones establecidas en la Constitución, las leyes que rigen el Control Interno, la Contratación Estatal y los decretos Reglamentarios para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo cual en el acápite de Culpa Exclusiva de la Víctima se aprecia sobre las normas infringidas por mandato del artículo 6³ superior.

¹ Constitución Política. **Artículo 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.
sic..(...)

² Constitución Política. **Artículo 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

³ Constitución Política. **Artículo 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
CAUCA

Calle 3 No.2-76 – Popayán

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

elier.castillo@fiscalia.gov.co

www.fiscalia.gov.co

Se concluye que nuestra Demandante fue involucrada al proceso penal porque permitió que se realizara: un contrato por **prestación de servicios** (Directamente) cuando debía ser a través de **consultoría** inciso segundo del artículo 32 de la ley 80 de 1993, así mismo diez (10) contratos más permitiendo el **fraccionamiento** de los contratos cuando se debió realizar por mandato del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, y reglamentado su procedimiento por el Decreto 2474 de 2008, vigente para la fecha de los hechos. Un solo contrato conforme a la sumatoria de la cuantía de los contratos. Por lo cual le falto verificar la idoneidad y labores ejecutadas por interventores y supervisores, siendo que el Control Interno se instituyó para verificar los principios establecidos tanto en la Constitución (artículo 209) y en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Lo anterior conforme a lo siguiente: Manual de *Contratación de la Entidad, manual de Procesos y Procedimientos, ello conforme al Plan Anual de Auditoría que le asiste y es competencia funcional y misional de la oficina de Control interno. Estudios previos.*

Con lo anterior se violentaron los artículos 24, 25, 26, 28, y 30, de la ley 80 de 1993. Así como también el artículo 2º numeral 3 de la ley 1150 de 2007.

Es decir en los hechos se predica culpa exclusiva de la víctima, dado que en lo que concierne al **análisis de la antijuridicidad**, en cuanto al evento de privación de la libertad, necesariamente debe hacerse en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que señala las causales de exoneración de responsabilidad del Estado, y, particularmente, en aplicación de los artículos 2, 83 y 95 de la Carta Magna, que imponen a los asociados, el imperativo de respetar los derechos ajenos y no avisar de los propios. Lo anterior, a efectos de descartar la culpa grave o el dolo civil (artículo 63 Código Civil.), pues no se comprende el deber indemnizatorio del Estado, sin consideración a la conducta de la víctima, la cual debe comprender el baremo de la mayor o menor diligencia del privado de la libertad, sobre sus deberes de convivencia social. Según la Alta Corporación, **ello no implica** la REAPERTURA DEL JUICIO PENAL, toda vez que la actuación de la víctima SI CUENTA en el proceso contencioso administrativo.

Al (os) **hecho(s) tercero y cuarto (3º a 5º, 7º y 8º)**, de la demanda, la Fiscalía General de la Nación se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso de referencia, puesto que son circunstancias que precisamente se encuentran íntimamente relacionados con los hechos que dieron lugar al inicio del presente medio de control y por ende deben ser objeto de revisión por su Agencia Judicial; adicionalmente, estos deben ser debida y legamente probados en el desarrollo del mismo, estudiando si son justificantes de la iniciación de la presente reparación directa.

Al **hecho sexto (6º)**, de la demanda, no es cierto, toda vez que la Fiscalía General de la Nación, no ha publicado en medios de comunicación, hablados o escritos sobre la situación de la aquí demandante; no obstante y sin perjuicio de las noticias y publicaciones de prensa, emitidas con ocasión de la privación injusta de la libertad padecida por la accionante, no reposa en el plenario prueba alguna que permita concluir que la parte demandada propició la afectación reclamada, razón por la cual no puede imputársele el daño a la FGN, que, según la demandante, la difusión de la información le causó, a ella y su familia como quiera que fueron los medios los que hicieron las publicaciones y, en este orden, los que estarían llamados a responder.

Al **hecho noveno (9º)**, de la demanda, no es un hecho, es un requisito de procedibilidad. Preceptuado en el artículo 161 numeral 1º de la ley 1437 de 2021.

C. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Manifiesto mi oposición a todas las pretensiones de la demanda, y de una vez solicito a su Señoría, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar, como quiera que de la lectura de la demanda y de sus anexos, se evidencia que la parte demandante pretende el resarcimiento de daños que en su

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
CAUCA

Calle 3 No.2-76 – Popayán
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
elier.castillo@fiscalia.gov.co
www.fiscalia.gov.co

sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad de la señora LICETH CAICEDO BALANTA; todo sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial, extra patrimonial ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo más adelante como EXCEPCIONES y FUNDAMENTOS Y/O RAZONES DE DERECHO.

Adicional a lo anterior, la cuantía establecida en la estimación razonada de la misma, a efectos del reconocimiento de perjuicios TANTO morales como MATERIALES, resultan ser cifras caprichosas que más allá de corresponder con la realidad, resultan estructurar pretensiones desmedidas, sin explicación alguna que las justifique.

Las ínfimas pruebas aportadas no dicen corresponder totalmente con estos conceptos, con lo cual, se concluye que, no resulta satisfactoria la necesidad que se tiene de tener un razonamiento que explique tales sumas que son cuantificadamente caprichosas, lo que deberá ser denegado, pues de accederse a este tipo de pretensiones, nos encontraríamos frente al acceso a una pretensión sobre la cual, no se efectuó la explicación correspondiente de manera oportuna como tampoco se acreditó en debida y/o legal forma, generando mermas en la oportunidad de controversia y por tanto en el ejercicio del derecho a la defensa de la Fiscalía General de la Nación, como parte demandada.

Como consecuencia de lo anterior, respetuosamente se solicita que de antemano sea aun en caso de una declaratoria de responsabilidad administrativa, despachada de manera desfavorable la pretensión de que se oriente al reconocimiento y pago de sumas de dinero por estos conceptos.

D. OBJECCIÓN A LA CUANTÍA

La cuantía establecida en la estimación razonada de la misma, a efectos del reconocimiento de perjuicios para todos y cada uno de los demandantes, específicamente por cuenta de los perjuicios morales, daño a la honra al buen nombre, afectación a bienes y derechos Constitucionalmente protegidos y perjuicios materiales a título de lucro cesante, daño emergente, correspondiendo anotar que con la demanda se acompañan ínfimas pruebas que no acreditan totalmente estos perjuicios, lo que será objeto de análisis en esta contestación más adelante.

En ese orden de ideas, se solicita de una vez al Juzgado, que se proceda a desechar la posibilidad de acceder a dichas pretensiones, inclusive en el evento en cual, se llegare a declarar la responsabilidad administrativa de las demandadas dentro del proceso de la referencia

Señora(a) Juez(a), el **artículo 306 del C.P.A.C.A.**, señala:

"En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"

OBJECCION A LOS PERJUICIOS:

1. Frente a los **perjuicios morales**, en cuantía de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes sentados en la demanda, la cantidad solicitada está fuera de la realidad, especialmente frente al tiempo de privación que fue de 2 meses y 19 días, y se extralimita de los lineamientos establecidos por el Honorable Consejo de Estado, en especial la línea jurisprudencial que marca la Sección Tercera de esa Honorable Corporación, en sentencia de unificación jurisprudencial, con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón, del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Expediente 36.149; en virtud de la cual señaló:

"En los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo -

Rad. No. 25.022, y se complementan los criterios allí adoptados, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de La Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

2. Respecto de los **daños o perjuicios materiales a título de lucro cesante por valor de \$20.000.000 de la demanda**, reiteramos que no se prueba en legal y/o debida forma. Se objeta este monto.

Se desconoce el tiempo que una persona en edad de trabajar, demora en conseguir un empleo, razón por la cual, en el supuesto caso de que LICETH CAICEDO BALANTA si desempeñara una labor al momento de los hechos, y que esta fuera lícita, debe tenerse en cuenta el tiempo que pudo demorar en conseguir empleo al terminar el proceso penal; por otro lado, no se propone a ciencia cierta cálculo aproximado de su presunta labor. Toda vez que los contratos por los cuales fue privada de su libertad se perfeccionaron en la vigencia de dos mil ocho 2008. Cuyo periodo constitucional del alcalde de turno iba hasta el 31 de diciembre de 2011.

Es importante tener presente que en este año salió la ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción el cual amplió el Período para los Servidores públicos que se desempeñaban en las oficinas de control interno como jefes hasta el 31 de diciembre de 2013. Lo anterior dado que para el momento de la presunta privación injusta no se tiene prueba que acredite que trabajo desempeñaba solo se aprecia una PRESUNCIÓN.

De lo anterior se colige es que solo esperar sacar provecho de una liquidación sobre la base de una mera **PRESUNCIÓN**, no aportando como es deber de quien pretende una indemnización monetaria de prueba legal y debidamente constituida; el libelante, debió presentar prueba si quiera sumaria de la afirmación que busca respalda.

Vale la pena manifestar que la cantidad solicitada, que a propósito es EXHORBITANTE, fue resultado de la mera apreciación subjetiva de la parte actora, además de que el libelante busca que se tenga en cuenta lo manifestado por un organismo no jurisdiccional; por tal razón, se objeta la pretensión, y se reitera que no se aportó prueba idónea con el traslado de la demanda que acredite estos conceptos de manera clara y sólida.

Con la anterior descripción queda claro que la base de liquidación que pretende ser utilizada por el apoderado de la parte actora no tiene soporte probatorio (utilidad, conducencia y pertinente), en consecuencia, lo solicitado por éste daño material en caso de una presunta responsabilidad administrativa no corresponde a la verdad jurídica y probada en el proceso.

Por lo anterior, desde nuestra perspectiva se hace necesario realizar unas precisiones que la FGN considera importantes en relación con la presunción de ingreso mínimo, **VEAMOS**:

Al momento de liquidar los perjuicios materiales, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha desarrollado ciertas reglas que desafortunadamente parten de presunciones que no obedecen a la realidad laboral del país.

En efecto, se puede traer al debate la sentencia del 27 de febrero de 2013, Expediente No. 25460, en la que, en el acápite de liquidación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se manifestó lo siguiente:

"No obstante lo anterior, aun cuando no se logró acreditar que la víctima desempeñaba al momento de su fallecimiento actividad productiva alguna, lo cierto es que el señor Gómez falleció cuando tenía 43 años de edad por lo cual la Sala aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente.

Sobre el particular, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Conviene destacar que si bien dentro del asunto de la referencia no se logró acreditar que el señor Caicedo Hurtado desempeñara al momento de su detención actividad productiva alguna, toda vez que dentro del acervo probatorio sólo obra un informe de la Personería de Samaniego en el cual se indica que la víctima se dedicaba a vender calzado y cigarrillos, lo cierto es que una de las funciones de la pena (artículo 4º de la Ley 599 de 2000²¹) es la resocialización del individuo²², lo cual implica la reincorporación del individuo a la sociedad económicamente productiva, cuestión que resulta compatible con el principio constitucional de la buena fe, principio fundamental previsto en el artículo 83 de la Constitución Política²³.

En consecuencia y teniendo en cuenta que el señor Caicedo Hurtado para la fecha en que hubiere quedado en libertad tendría 26 años de edad la Sala aplicará la presunción respecto de que toda persona que se encuentre en determinada edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente.

Proceder en forma contraria en el presente asunto entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que tanto la Constitución Política como las normas penales consagran respecto de la reinserción social del individuo y el principio de buena fe^{24, 25}" (negrilla y subrayado propio).

Ahora bien, el anterior razonamiento conlleva a que se den por cierta ésta hipótesis: **¿Toda persona que se encuentre en edad productiva, realiza una actividad laboral?**

Al respecto, es necesario hacer mención a la Gran Encuesta Integrada de Hogares - GEIG - Mercado Laboral, publicada en la página web del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, en la que se determinó que, para el mes de julio de 2017, la tasa de desempleo se ubicó en el 9.7%.

En consecuencia, al tenerse el PEA como componente de la Tasa de Desempleo se verifica que efectivamente **NO TODA LA POBLACIÓN EN EDAD PRODUCTIVA TIENE UN EMPLEO**, por el contrario, el 9.7% de la población con dicha característica está desempleada.

Es necesario precisar que el concepto de lucro cesante fue desarrollado por el artículo 1614 del Código Civil, conforme al cual: "Entiéndase (...) por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (subrayado propio).

Ahora, la jurisprudencia, al referirse al mismo, ha señalado que "*puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como "el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación"* (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2015. Expediente No.33000. M.P. Jaime Orlando Santofimio) (subrayado y negrilla propia).

Entonces, a pesar de que el Consejo de Estado ha determinado que el lucro cesante requiere de una acreditación probatoria rigurosa al tratarse de un daño futuro, no es coherente que finalmente se determine su certeza a través de presunciones, valga la pena reiterar, desconocen la realidad de la economía colombiana y su situación de desempleo.

Incluso, inexplicablemente, la Sección Tercera negaba el reconocimiento de éste **perjuicio** cuándo al proceso no se aportaba medio probatorio alguno que acreditara que efectivamente la víctima desempeñaba una actividad laboral al momento de que se concretara el daño (muerte).

Ejemplo de esto es la providencia del 20 de junio de 2013, Expediente 23.603, proceso en el que se declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa - por los malos tratos, torturas, la desaparición forzada y la posterior muerte violenta de la señora Gerardo Liévano Garcia. En este caso los demandantes como fundamento de las pretensiones señalaron que el señor "GERARDO LIEVANO GARCIA era un hombre dedicado a sus labores como trabajador independiente y como asesor en cursos de educación sindical", nacido en Pandi, Cundinamarca y durante toda su vida se dedicó a la actividad Sindical (sic) y para mejorar sus ingresos vendía mercancía, ocasionalmente realizaba contratos con agremiaciones Sindicales (sic), para realizar cursos de educación Sindical (sic), recibiendo un ingreso promedio mensual de \$300.000".

Sin embargo, en el acápite de liquidación de los perjuicios materiales, en la referida sentencia se manifestó: "*En cuanto al lucro cesante, si bien se afirmó que se dedicaba a vender mercancía y a realizar contratos con agremiaciones sindicales, ninguna de las dos actividades económicas quedó debida, completa y suficientemente probada en el expediente, lo que lleva a concluir que debe denegarse la indemnización por este rubro indemnizatorio*" (negrilla propia).

En el régimen de imputación de privación injusta de la libertad se indemniza el periodo efectivo de la restricción de la libertad más 8,75 meses, que se presume como el tiempo en que la persona detenida consigue empleo.

La Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp.15989. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 02/05/2007 y en el mismo sentido el Exp.22568 , Subsección B, M.P. Ruth Stella Correa , sentencia del 29 de marzo de 2012) ha determinado que los 8,75 meses provienen de la información concedida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, así:

"(...) Adicionalmente, junto con la recuperación de su libertad, la demandante recobró su capacidad laboral, razón de más para entender que la privación de la libertad de la que fue víctima en modo alguno hizo sentir sus efectos negativos durante tan prolongado período.

(...)

"*En consecuencia, entiende la Sala que el período durante el cual realmente ha de reconocerse que la señora Fanny Ortega dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales que devengaba como empleada de la Caja Agraria, se corresponde con el lapso durante el cual se mantuvo privada de la libertad, más el tiempo que razonablemente tarda un individuo en edad económicamente activa en encontrar trabajo en Colombia, una vez que decide emprender la búsqueda de nuevo empleo. En cuanto al primero de los datos... la señora Fanny Ortega estuvo detenida preventivamente durante un total de 74 días (2.5 meses).*

"*En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el*

Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-, de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8,75 meses)"²⁸.

"Lo anterior quiere decir que la señora Fanny Ortigón, como consecuencia cierta y directa de la privación de la libertad de que fue objeto, dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales correspondientes al cargo de Cajero Auxiliar I de la Caja Agraria, por un total de 11.25 meses"²⁹ (negrilla propia).

Ciertamente, el 1º de mayo de 2016, el Departamento Nacional de Planeación publicó en su página Web los resultados de un estudio realizado sobre el tiempo que se demora una persona para encontrar trabajo, el cual arrojó un grato resultado, pues éste bajó de 25 a 18 semanas entre 2010 y 2015 (<https://www.dnp.gov.co/Paginas/Tiempo-para-encontrar-trabajo-baj%C3%B3-de-25-a-18-semanas-entre-2010-y-2015-DNP.aspx>).

Al respecto:

"Un estudio sobre el mercado laboral en Colombia en los últimos 6 años, en las 13 principales ciudades del país, arroja significativos avances en el empleo, los ingresos y la formalidad.

Durante esos años aumentó la población ocupada en el mercado laboral, se redujo la brecha de ingresos entre hombres y mujeres y el comercio se consolidó como la actividad que más generó empleo.

Los resultados de la investigación muestran que uno de los principales dolores de cabeza de los colombianos, conseguir trabajo, es ahora menos difícil que hace seis años.

***"En 2010 en promedio un desempleado se tomaba 25 semanas, para encontrar trabajo, mientras que al finalizar el año pasado ese tiempo bajó a 18 semanas, una reducción de 7 semanas, lo que representa un avance significativo", dijo Simón Gaviria Muñoz, director del Departamento Nacional de Planeación (DNP)."** (negrilla y subrayado propio).*

Así las cosas, **el Juez de lo Contencioso Administrativo** deberá ajustar los parámetros utilizados para liquidar el lucro cesante en casos de privación injusta de la libertad, específicamente el lapso de consecución de empleo para la víctima pues, **según quedó demostrado, ya no son 8.7 meses sino 4.5 meses.**

No obstante, lo anterior, se reitera que en la demanda **se solicitó el reconocimiento del tiempo para la consecución de empleo para efectos de liquidar el lucro cesante, pero no se encuentra ajustado a derecho**, razón por la cual, en caso de una posible condena de mi representada el despacho deberá ajustar los valores de las pretensiones del libelante en su demanda.

El apoderado de la parte actora parte de una apreciación no afortunada de la "presunción", en el entendido que solo indica que percibió una afectación al dejar de percibir una serie de ingresos que quizá obtenía de su labor, algo de lo que tal y como se ha dicho, no existe certeza, y en ese orden de ideas, se debe presumir, que la hoy parte actora ganaba el salario mínimo. Al respecto, como se dejó sentado previamente dentro de la presunción es importante que esté probado un hecho base que es precisamente que la persona privada de la libertad **se encontraba ejerciendo una actividad lícita al momento de su privación.**

En ese sentido se tiene dos aspectos que **no se encuentran probados**:

- (i) que se encontraban laborando al momento de su detención y
- (ii) que la actividad que ejercía era legal.

Si tenemos en cuenta los fundamentos del proceso penal (confesiones del propio demandante), surge una duda, **¿Cuál era la actividad lícita que se encontraban desarrollando al momento de su detención?**

En relación con el anterior interrogante la parte actora tenía conforme el artículo 167 del Código General del Proceso **la carga de acreditar el hecho base de la alegada presunción** y esto es que los privados de la libertad se encontraban ejerciendo una actividad lícita y laboral, lo cual se reitera no se encuentra probado y mal pudiera aplicarse la presunción de que devengaban el salario mínimo si ni siquiera está probado el hecho base.

En consecuencia, Señor(a) Juez, le solicito respetuosamente que se niegue éste daño material –

3.- FRENTE AL DAÑO EMERGENTE:

El Consejo de Estado, ha manifestado respecto del daño emergente:

«Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento»

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad -para el afectado- de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 13.168.).

El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como:

“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

Se objeta suma pretendida por este presunto perjuicio. No se aporta prueba idónea que compruebe que la parte demandante, asumiera erogaciones por el o los conceptos enunciados como daño emergente. La simple afirmación del libelante, NO es prueba idónea de la existencia del daño, y tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado, no basta con esgrimir la generación de gastos por daño emergente para solicitar un resarcimiento.

En consonancia con la Sentencia 44001233100020090007901 (45081) del 30 de noviembre de 2017, emanada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente Ramiro Pazos y con la Sentencia 68001-23-31-009-2009-00792-01(50710) del 19 de julio de 2018 emanada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente María Adriana Marín, no se debe reconocer tal rubro, por cuanto no se encuentra acreditado documentalmente.

Al respecto, la FGN debe precisar que en caso dado de que existiera una posible condena o responsabilidad administrativa, no puede simplemente asumirlas sin esperar que la parte actora soporte su afirmación en debida y legal forma, es este caso no reposa en el expediente la prueba reina de cada gasto referido, por lo que debe ser despachada desfavorablemente la pretensión.

La carga de la prueba es de la parte demandante y debió aportar las pruebas con la presentación de la demanda.

Específicamente una cifra como la pretendida y tan a ser considerada por **HONORARIOS**, el Consejo de Estado ha dicho al respecto:

"En lo tocante a los perjuicios materiales en la modalidad de **daño emergente**, la Sala encuentra que estos se limitan a los gastos de defensa que tuvo que asumir el demandante por la investigación penal. El a quo accedió al reconocimiento del perjuicio, comoquiera que en el plenario "obra contrato de prestación de servicio profesionales, en el que se pacta como valor de contrato, la suma de \$70.000.000, por la defensa técnica asumida durante la etapa de la instrucción penal" (fl. 538, c. ppal. 2), cifra que actualizó desde que mayo de 2002, cuando el actor pagó los honorarios, hasta septiembre de 2010, para un total de \$105.005.026.

Sobre el particular, se advierte que el actor aportó el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre él y su defensor, por valor de \$70.000.000 (fls. 74 y 75, c. ppal. 1) y una constancia de pago por esa cifra, expedida por el abogado (fl. 73, c. ppal. 1), quien lo asesoró en la indagatoria y lo defendió durante toda la investigación adelantada por una fiscalía seccional (fls. 142 a 385, c. ppal. 1).

No hay duda de que los gastos por los servicios profesionales en que se haya incurrido para la defensa legal de quien estuvo privado de la libertad constituyen un daño emergente que debe ser reparado, siempre que la prestación del servicio esté acreditada y que no se trate de un abogado defensor de oficio.

Sin embargo, la Sala no tomará el valor que aparece en los documentos aportados por la parte demandante "por cuanto la suma en ellos consignada resulta desproporcionada en comparación a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y el Colegio Nacional de Abogados"⁴, al tiempo que no se allegaron los soportes tributarios de los alegados pagos, tales como los comprobantes de retención en la fuente o las declaraciones de renta que den certera cuenta del ingreso de dicho capital al patrimonio del beneficiario y de su salida del de la víctima⁵.

Así, en consideración a que la autoridad apeló la declaratoria de su responsabilidad⁶, lo que habilita a pronunciarse también respecto de la indemnización de perjuicios, la Sala tasará el perjuicio en atención a las tarifas⁷ sobre honorarios profesionales que expiden los colegios de abogados⁸.

Las tarifas de la Corporación Colegio Nacional de Abogados - Conalbos vigentes para mayo de 2002, cuando terminó la investigación, señalaban que por honorarios profesionales se podría pagar tres (3) salarios mínimos por la asistencia a la indagatoria y cinco (5) por la defensa en la etapa instructiva⁹.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016, exp. 42480, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

⁵ Sobre el particular, el artículo 10 de la Ley 58 de 1982 prevé: "Para la tasación de los perjuicios en acciones indemnizatorias contra el Estado deberá examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia".

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En esa oportunidad sobre la posibilidad de analizar aspectos no discutidos expresamente por la parte apelante se dijo: "Es de esperar que los argumentos expuestos en el recurso de apelación por parte de quien ha sido condenado a pagar una indemnización y pretenda la revocatoria del fallo, se centrarán en las razones por las cuales se pide tal revocatoria, pero que se omitirá toda reflexión relacionada con los aspectos consecuenciales de la sentencia en la cual se accedió a las pretensiones, dado que al revocarse la declaración de responsabilidad, se negarán las pretensiones de la demanda. Sin embargo, la ausencia de razones expuestas por el recurrente no impiden al juez corregir la sentencia apelada, para hacer reducciones por concurrencia de la intervención de la víctima en la causación del daño, o por reconocimientos de daños que no aparecen demostrados en el expediente, o por errores en la liquidación de las indemnizaciones".

⁷ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 18 de mayo del 2000, rad. 15283-B-A y auto del 14 de mayo de 1998, rad. 9979A.

⁸ El Consejo Superior de la Judicatura en sentencia del 22 de octubre de 1998, exp. 11124A, M.P. Leovigildo Bernal Andrade, señaló que "[L]as tasas establecidas por colegios de abogados son una buena guía para definir si el cobro que se haya hecho por algún abogado, en determinado asunto que se le imputa como desproporcionado, y por lo tanto, ilícito, lo fue o no".

⁹ "18. Derecho penal. (...) 18.6. Asistencia a indagatoria. (...) 18.6.3. Ante fiscal seccional. Tres salarios mínimos legales vigentes. (...) 18.7 Etapa instructiva. (...) 18.7.2. Ante fiscalía local o seccional. Cinco salarios mínimos legales vigentes." (Resolución del 15 de agosto de 2000 de la Corporación Colegio Nacional de Abogados).

Por lo tanto, la Sala condenará a la Nación al pago a la demandante de ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de este fallo, por concepto de daño emergente por pago de honorarios de abogado”.

CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B - Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO – sentencia del doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)- Proceso número: 13001-23-31-000-2002-01284-01(40770)

Tantas inconsistencias convergen a concluir que no resulta probado el perjuicio relacionado y por ende, debe ser despachado en favor de la FGN, eximiéndola de pago alguno.

Por lo cual no se tiene prueba que permita establecer el pago de Honorarios por la suma de diez millones de pesos \$10.000.000 moneda legal colombiana.

3.- RESPECTO DE LOS DAÑOS A BIENES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS O CONVENCIONALES:

Aduce el demandante una afectación a un derecho constitucional, el cual se vio afectado en virtud de los señalamientos expuestos en la demanda, lo cual se objeta, porque de la valoración de los medios de convicción que reposan en el proceso se desprende que no se demuestra que hubieran visto afectados otros bienes, intereses o derechos FUNDAMENTALES, que pudieran ser reconocidos de manera autónoma e independiente, de conformidad con los recientes lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, que no admite categorías abiertas de perjuicios, sino la reparación o resarcimiento de los derechos, intereses legítimos o bienes constitucionalmente protegidos, esto es, una tipología de perjuicios fundamentada en la vulneración a garantías constitucionales consideradas en sí mismas, siempre y cuando se demuestre a través de los diferentes instrumentos o mecanismos probatorios reconocidos por la ley, que es necesario el reconocimiento de un perjuicio autónomo, en aras de compensar o retribuir la afectación o lesión padecida al respectivo derecho.

En efecto, en decisión del 1º de noviembre de 2012, exp. AG – 99, la Sala del Consejo de Estado, discurrió en los siguientes términos:

"En el proceso se encuentra demostrado que el derrumbe del relleno sanitario Doña Juana alteró la calidad del aire a unos niveles que de acuerdo con diferentes estudios y monitorias técnicas no constituían un riesgo para la Salud Humana. Sin embargo, esta conclusión no desmiente el hecho de que la calidad del aire de las áreas afectadas disminuyó ostensiblemente llevando no sólo a los espacios públicos sino al interior de los hogares aromas fétidos y nauseabundos, los cuales perduraron aproximadamente seis meses lo que generó un cambio en los hábitos de los núcleos familiares. Se trata así de una injerencia arbitraria atentatoria del derecho a la intimidad, comoquiera que ésta situación trajo como consecuencia: modificación en las costumbres alimenticias (muchos alimentos se dañaban rápidamente), la necesidad de controlar vectores como ratas y moscos y en algunos casos el traslado de residencia.

"De igual forma, está acreditado que la alteración de las condiciones ambientales ocasionó que las actividades que la comunidad acostumbraba a realizar al aire libre y en espacios públicos se disminuyeran significativamente, afectándose el derecho a la recreación y a la libre utilización del tiempo libre. En otros términos, la posibilidad de realizar labores encaminadas a la diversión, entretenimiento y práctica del deporte para aliviar el cansancio propio del trabajo y del estudio se vio restringida pues las opciones mientras duró la fetidez en el olor eran las de evitar salir de las casas o buscar lugares apartados del lugar de residencia en los que no se hubiera presentado la afectación ambiental o en donde ésta se hubiere dado con menor intensidad.

"Así las cosas, como consecuencia de la catástrofe ambiental se produjo un daño en los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, la filosofía incorporada por la constitución política de 1991 en materia de responsabilidad civil extracontractual es la de imponer en cabeza de las autoridades públicas una obligación de carácter indemnizatorio por cualquier daño que se cause sobre un bien jurídicamente protegido. De forma tal que el juez como operador jurídico, apelando a la categorización de perjuicios inmateriales opta por ordenar un resarcimiento haciendo una diferenciación de los derechos conculcados.

"Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la sala plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial. De igual manera, se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad.

"Por consiguiente, la falla del servicio del Distrito sí produjo un daño referido a la violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre de los demandantes, circunstancia por la cual se declarará la responsabilidad y se reconocerá la indemnización precisada y, por último, se adoptarán de oficio medidas de justicia restaurativa, en aras de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados.

"(...) El monto de la indemnización se fijará acudiendo a criterios de equidad, de acuerdo con lo señalado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Por ende, se reconocerá una suma fija para cada integrante de cada subgrupo.

"Así las cosas, para el primer subgrupo, correspondiente al nivel de impacto más elevado por su cercanía con el relleno sanitario, se fijaran por persona 3 salarios mínimos por concepto de daño moral y 3 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales.

"Para el segundo subgrupo, correspondiente a un nivel de impacto medio, se fijaran por persona 2 salarios mínimos por concepto de daño moral y 2 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales.

"Para el tercer subgrupo, área en la que el impacto fue menor, se fijará por persona 1 salario mínimo por concepto de daño moral y 1 salario mínimo por la afectación de bienes constitucionales." (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, el moderno derecho de la responsabilidad tiene como eje central al daño y, por lo tanto, es éste el elemento que define la medida de la indemnización, circunstancia por la que en aras de garantizar el principio de reparación integral resulta oportuno que exista un acercamiento entre el derecho constitucional y el derecho de daños, pues será el primero el que determine los bienes, intereses y derechos que son objeto de protección por el segundo.

En el asunto sub lite, no existe prueba que permita demostrar que se vulneraron derechos constitucionales autónomos de los demandantes, circunstancia por la que se debe denegar su reconocimiento.

4.- RESPECTO DE LA CONDENA EN COSTAS

Solicito muy respetuosamente al Honorable Juez, NO acceder a la condena en costas especificada en PRETENSION en el libelo, toda vez que no están probados los presupuestos dispuestos en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

En el presente caso la Fiscalía General de la Nación no actuó ni ha actuado temerariamente, ni de mala fe, su actuación se ha desarrollado conforme lo prescribe el artículo 6¹⁰ de la Constitución Política, es decir, con apego al principio de legalidad y sin extralimitación de las funciones.

Con relación a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez en sentencia del 5 de agosto de 2010, señala:

"(...) CONDUCTA TEMERARIA O MALA FE EN EL PROCESO – Existencia

¹⁰ **Artículo 60.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por **omisión o extralimitación** en el ejercicio de sus funciones

Son deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, y obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensa y en el ejercicio de los derechos procesales (artículo 71 del C.P.C. – numerales 1º y 2º). Se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso (artículo 74 numeral 5º ibídem)”

Por ello, respetuosamente le solicito Su Señoría de abstenerse de condenar en costas a la Fiscalía General de la Nación, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la entidad.

El H. Consejo de Estado ha señalado: *“(…) solo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas.”* (Sentencia 25 de mayo de 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación N°. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ D.C. - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN).

Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso, dan lugar a las costas.

En, el caso sub judice no se debe imponer condena en costas, pues no están acreditado los gastos procesales por la parte vencedora, además no se evidencian comportamientos procesales de la parte vencida que ameriten una condena en tal sentido.

Sin embargo, en atención a varios pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con el artículo 188 del CPACA, es decir sin que se haya presentado una sentencia de unificación, también se ha señalado la tesis subjetiva, esto es, que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de la condena en costas en contra de la parte que ha visto frustrada sus pretensiones, para que se analice en cada caso particular si hay lugar a imponer costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo interpretó el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, veamos:

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente Alfonso Vargas Rincón, Bogotá 22 de abril de 2015, radicación Nro. 68001233100020130007501 (1648-2014), en donde se dispuso:

“(…) la norma contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia”.

Esta misma posición ya había sido expuesta por el Consejo de Estado, Sección primera, Magistrado Ponente Guillermo Vargas Ayala, en sentencia de 16 de abril de 2015, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01:

“(…) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...). Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.”

La posición también había sido acogida con anterioridad por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el 19 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00701-01(4583-13):

Debe quedar claro que la referida disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de "condenar" en costas, sino la de "disponer" sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas. Bajo esta preceptiva, resulta evidente que, si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra la previsión que antaño contenía el artículo 171 del Decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas "...teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza "automática" frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia. Esta interpretación resulta consonante con lo prevenido por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, hoy consignado en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia...", y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

E. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRUEBAS APORTADAS

Sírvase Su Señoría, tener en cuenta lo siguiente:

1. FALTA DE PRUEBAS:

No se aporta:

1. No se acredita o prueban los Daños morales o pretium doloris.
2. No se acredita o prueban los Daños materiales a título de lucro cesante.
3. No se acredita daño a la honra, al buen nombre.
4. No se acredita los daños constitucionalmente y convencionalmente protegidos.
No se aporta el valor de los honorarios cancelados por concepto de daño emergente que corresponde o los servicios profesionales pagados al abogado, quien la representó como abogado de confianza en el proceso hasta que estuvo representándolo como defensor de confianza la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00)

2. PRUEBAS QUE SE PRETENDEN HACER VALER POR PARTE DE LA FGN – PETICIÓN DE PRUEBAS:

Se oficie por favor al despacho judicial penal, Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Santander de Quilichao, remitir con destino a este expediente copia íntegra de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, el Juzgado Promiscuo con Funciones de Control de Garantías de Cajibío, dentro del proveído por el punible de **PECULADO POR APROPIACIÓN, PREVARICATO POR OMISIÓN Y CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS**, con imputado LICETH CAICEDO BALANTA (C. C. No. 67.011.299), documentos que como mínimo debió aportar el actor al imputarle responsabilidad administrativa a mi representada.

Con estas pruebas pretendo probar no solo el cumplimiento del deber legal de la FGN en el estudio de caso y que respalda la excepción que con este nombre expondré más adelante, sino también que la Fiscalía General de la Nación no dio pie a falla alguna, a error judicial o defectuoso funcionamiento o a una privación supuestamente injusta.

- 3.1. Se oficie por favor a la Contraloría Departamental del Cauca para que alleguen a este proveído:

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
CAUCA

Calle 3 No.2-76 – Popayán
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
elier.castillo@fiscalia.gov.co
www.fiscalia.gov.co

i) Copia del informe de auditoría de la vigencia 2008 emitido por las presuntas irregularidades de los once (11) contratos porque fue investigada penalmente, la Jefe de Control Interno. LICETH CAICEDO BALANTA y el Alcalde LUIS FERNANDO COLORADO.

- 3.2. Se oficie al municipio de Suárez Cauca, (alcaldía municipal) para que con destino a este proceso contencioso se remitan:
- 3.2.1. Copia del manual de Contratación Pública vigente para el año 2008.
 - 3.2.2. Copia del manual de funciones del ente territorial vigente para la vigencia dos mil ocho 2008.
 - 3.2.3. Copia del manual de procesos y procedimientos
 - 3.2.4. Copia del Plan Anual de Auditoría que le asiste y es competencia funcional y misional de la oficina de Control interno.
 - 3.2.5. Estudios previos de los once (11) contratos.

Nota. Las anteriores pruebas se solicitaron mediante derecho de petición vía correo electrónico, una vez se remitan se harán llegar al expediente, en el evento que no se remitan se sugiere a la Juez Rectora del Proceso decretar de oficio las pruebas enlistadas en el numeral 3.2, lo anterior de conformidad con el artículo 85 numeral 1º inciso 2¹¹, de la ley 1564 de 2012.

- 3.3. Interrogatorio de Parte: A la parte actora, LICETH CAICEDO BALANTA (C. C. No. 67.011.299), para que deponga únicamente sobre los hechos por lo que se le imputó los delitos de **peculado por apropiación, prevaricato por omisión y celebración indebida de contratos y que posteriormente** rodearon su captura, en circunstancias de tiempo, modo y lugar y su consecuente vinculación al proceso por el delito señalado; y quien puede ser localizado a través del apoderado del libelista o en la dirección suministrada en la demanda.

Nota: Me reservo el derecho a interrogar

F. EXCEPCIONES

Contra las pretensiones del demandante propongo:

F.1. EXCEPCIONES PREVIAS:

Contra las pretensiones del demandante propongo las **EXCEPCIONES PREVIAS:**

F.1.1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Es una excepción previa a la luz del estatuto instituido en el C.P.A.C.A. en su art.180-numeral 6º.

Al NO corresponderle por competencia funcional legal a la Fiscalía General de la Nación, con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, imponer la medida de aseguramiento y por ende privar de la libertad a una persona, ya que como se dijo anteriormente, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, simplemente solicitar medida preventiva, y si lo considera conveniente, le **corresponde al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes**, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, **es decir, que en últimas**, si todo se ajusta a derecho, **es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer y NO la Fiscalía**

¹¹ El juez se abstendrá de librar el mencionado oficio cuando el demandante podía obtener el documento directamente o por medio de derecho de petición, a menos que se acredite haber ejercido este sin que la solicitud se hubiese atendido.

General de la Nación. Y siendo ello así, no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por "detención ilegal" o "detención injusta", **ya que esta medida no fue proferida por mi representada.**

Sobre este particular, en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, se señaló al respecto:

"De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.

Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías.

Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior.

De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito."
Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003).
Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

Cabe anotar, que casos similares los H. Tribunales de Cesar, Cundinamarca, Risaralda y Antioquia, han denegado las pretensiones de los actores, exonerando de responsabilidad patrimonial y administrativamente a la entidad que represento, al establecer que no se daban los requisitos para emitir decisión contraria.

A continuación, me permito relacionar la jurisprudencia en línea vertical:

i) El Tribunal de la Contencioso Administrativo de Risaralda Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de diciembre de dos mil ocho, y con ponencia de la Magistrada Dufay Carvajal Castañeda, ha señalado respecto de la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación lo siguiente:

ii) El Tribunal de la Contencioso Administrativo del Cesar Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de enero del dos mil doce, y con ponencia del Magistrado ALVARO ENRIQUE RODRIGUEZ BOLAÑOS, ha señalado respecto de la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, lo siguiente:

iii) La Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección B Magistrado Ponente Carlos Alberto Vargas Bautista- noviembre 17 de 2010-Actor Francy Eunice Millán Rincón y Otros Demandado Fiscalía General de la Nación-Rama Judicial Exp: 2009- 369, que entre otros dijo:

iv) Finalmente, me permito citar la Sentencia Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Segunda de Oralidad Magistrada Ponente Beatriz Elena Jaramillo Muñoz- Septiembre 30 de 2013- Actor Camilo ANDRES MONCADA URIBE y Otros Demandado Fiscalía General de la Nación-Rama Judicial Exp: 2013-307, que entre otros dijo:

De otra parte, recordemos que nuestra Carta Política en su artículo 28 da autonomía, libertad e independencia al funcionario para interpretar los hechos sometidos a su conocimiento y así mismo aplicar las normas constitucionales y legales que juzgue apropiadas para resolver el conflicto, haciendo prevalecer el derecho sustancial.

En el presente caso, debe indicarse que con independencia de la solicitud que para el efecto realizó la Fiscalía General de la Nación, fue el criterio autónomo del Juez Penal con funciones de Control de Garantías, el que adoptó la decisión de privar de su libertad del acá demandante.

Finalmente es de concluir que la **falta de legitimación** se encuentra consolidada en **sentencias** proferidas por el **Consejo de Estado**. Para la Fiscalía no se puede dejar de lado importantes antecedentes jurisprudenciales que en el marco de la Ley 906 de 2004 y en materia de medios de control de reparación directa por privación injusta de la libertad con detención intramural, **la Fiscalía General de la Nación ha sido exonerada o eximida de responsabilidad patrimonial por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia**; los que me permito traer a colación, con la solicitud respetuosa ante su Despacho, de que sean tenidos en cuenta en su análisis, rogando un pronunciamiento al respecto:

- 1) En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2015, exp. 38.524, C.P. HERNAN ANDRADE RINCON.
- 2) En pronunciamiento del Consejo de Estado se puede concluir que la falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la Sentencia del 26 de mayo de 2016, Consejero Ponente Dr. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, expediente 41573.
- 3) En pronunciamiento reciente, se puede concluir que la falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la sentencia del 30 de junio de 2016, Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO, expediente 41604.
- 4) En otro pronunciamiento igualmente reciente, se puede concluir que la falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la sentencia del 14 de julio de 2016, Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO, expediente 42476.
- 5) La falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la Sentencia del 14 de julio de 2016, Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO, expediente 42555.
- 6) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, de abril 18 de 2016, Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, expediente 40217.
- 7) En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera de julio 21 de 2016, Consejero Ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, expediente 41608.

En conclusión, es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, pues la facultad jurisdiccional ya no se encuentra en cabeza de esta Entidad, sino que el titular de dicha facultad según la Ley 906 de 2004, está depositada en la Rama Judicial, así lo concluyeron las sentencias referenciadas anteriormente.

EXCEPCIONES DE MÉRITO:

Contra las pretensiones del demandante propongo las siguientes EXCEPCIONES DE MÉRITO:

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
CAUCA

Calle 3 No.2-76 – Popayán
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
elier.castillo@fiscalia.gov.co
www.fiscalia.gov.co

1.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL: Como se explicará a lo largo del presente documento, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos. La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error**, que hubiese tenido por si solo la entidad para haber generado la privación de la libertad del aquí demandante o actor. Es preciso recordar que la Fiscalía General de la Nación fue creada por inspiración constitucional, teniendo precisas funciones que cumplir, las que además se determinan entre otros ordenamientos en el estatuto procedimental penal. En el derecho colombiano, la regla general consiste en que las obligaciones a cargo de la administración, como consecuencia del principio constitucional contenido en el Artículo 6.-, deben ser determinadas, especificadas por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo corresponda ejecutar. En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación, en el caso en estudio, obró de conformidad con lo establecido en el Artículo 250 de la Carta.

La Fiscalía CUMPLIÓ dentro del TÉRMINO LEGAL con su deber. Por lo anterior, no está demostrado que la Fiscalía incurrió en error judicial, si se tiene en cuenta que las resoluciones proferidas por la Fiscalía a cargo de la investigación correspondientes a la decisión sobre situación jurídica y calificación del mérito del sumario, fueron emitidas previa valoración serio, análisis profundo y razonable de las distintas circunstancias del caso y por ende no pueden ser consideradas equivocadas, no obstante que un juez de la causa haya decidido absolver, en una situación en la cual no era dable para obtener con grado de certeza suficiente la destrucción del estado de inocencia.

Además para que exista la responsabilidad del Estado debe demostrarse la injusticia en la privación de la libertad, lo que no existe en el caso sub exámine y en cambio lo que sí está demostrado es que existió una detención legítima, es decir, prevista en la ley, con libertad de apreciación que se confiere al juez, para proferirla de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por lo que no puede haber indemnización.

Nótese Honorable Juez(a), que indudablemente estaban dados los presupuestos mínimos y necesarios para vincular a la investigación a LICETH CAICEDO BALANTA, proferir la medida de aseguramiento en su contra, porque existían para la época de los hechos los presupuestos legales para imponerla, enjuiciar (acusar), pero si finalmente se llega a la absolución, la que no fue POR ABSOLUTA INOCENCIA, se debe descartar la posibilidad de reconocer indemnización, ya que para que exista la indemnización patrimonial el proceso ha de haber arrojado certidumbre acerca de la inocencia, pues, en caso contrario la persona no obstante de no ser condenada penalmente no podrá reclamar reparación y como en el caso que nos ocupa precisamente se **absolvió pero no por absoluta inocencia**.

En otras palabras, ABSOLUCIÓN PENAL NO ES SIEMPRE SINÓNIMO DE INDEMNIZACIÓN PATRIMONIAL, de lo cual se colige que a cada situación particular se debe analizar específicamente que fue lo que aconteció en el ámbito penal antes de emitir un fallo administrativo.

Así las cosas, NO lleva a que todo juicio así planteado llegue a una conclusión automática de responsabilidad, pues el Consejo de Estado tiene asentado que NO asiste obligación indemnizatoria, cuando el destinatario de la restricción judicial, se encuentra en el deber jurídico de soportarla, por contera de su culpa grave o dolo civil.

Lo expuesto en precedencia constituye razón suficiente para colegir que se hubiere demostrado fehacientemente la INOCENCIA de LICETH CAICEDO BALANTA.

Si bien es cierto existió la privación de la libertad esta no fue injusta, ya que la Fiscalía de conocimiento actuó en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 250 al vincular a la investigación al demandante.

En este orden de ideas y pese a que finalmente el Juez de la causa lo absolvió, esta decisión por sí misma no desvirtúa o deslegitima la vinculación mediante medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que se decretó en contra de LICETH CAICEDO BALANTA, la cual se efectuó con el único objeto de que se esclarecieran los hechos y de todas maneras mediaban para la época en que se decretó razones de alguna significación probatoria que la ameritaba.

Tiene entonces la Fiscalía, la obligación constitucional de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores y para el cumplimiento de la misma debe desplegar la actividad conducente, apegándose en todo momento, a lo dispuesto en los códigos en materia de derecho de defensa, debido proceso y demás garantías de los procesados.

Pretender que cada vez que se absuelva en favor del sindicado de un delito, se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores, y por ende serán investigados por prevaricato por omisión o por faltas disciplinarias en el cumplimiento de sus deberes y reinaría el **CAOS COLOMBIANO** por hechos punibles sin inicio de investigación alguna. Una afirmación de tal naturaleza conllevaría a la denegación misma de la justicia y a un flagrante desconocimiento de la potestad punitiva que tiene el Estado.

La actuación de mi representada se ajustó a las disposiciones que desarrollaban la materia, las que le imponen la obligación de ejercer la acción penal y de asegurar la comparecencia la proceso del o los presunto infractores de la ley penal; por lo que se cumplían con los requisitos en su momento para ordenar la captura, existiendo pruebas graves de responsabilidad sobre la base de documentos ampliamente detallados en los actos emitidos por la Fiscalía dentro de la investigación; que conllevaron al Fiscal del caso a comprometer la responsabilidad penal de LICETH CAICEDO BALANTA.

Ahora, la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2017 sentada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp.23354), establece las denominadas REGLAS DE EXCEPCIÓN cuando el derecho a la libertad "puede limitarse bajo estrictas condiciones y cumpliendo los estándares convencionales y constitucionales". En este contexto de las reglas de excepción y volviendo al estudio de caso, es claro que NO hubo deficiencias en el recaudo y en la valoración probatoria efectuada por la Fiscalía, estuvo ampliamente sustentada la decisión de restringir la libertad como derecho indiscutible en la investigación del administrado penal LICETH CAICEDO BALANTA, siguiendo los criterios fijados por la Ley Procesal Penal vigente para la época de los hechos.

En correlativa jurisprudencia igualmente aplicable al caso en examine del aludido convocante García García, la Sentencia No. 54001 23 31 000 2000 01834 01(Exp. 30134) del Consejo de Estado - Sección Tercera, de 10 de Agosto de 2015 con M.P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, plantea frente a la Responsabilidad Patrimonial del Estado que: "...la aplicación de aplicar la duda razonable o in dubio pro reo a partir de las deficiencias en la actividad investigativa o en el recaudo y valoración probatoria, supuestos en los cuáles el régimen de responsabilidad objetiva encuentra precisas excepciones, e impone no atribuir o imputar la responsabilidad al Estado de manera mecánica o instrumental, sino que exige una seria carga de motivación, justificación y ponderación de los hechos, y las pruebas, en sede de juzgamiento de los contencioso administrativo".

La imputación de responsabilidad administrativa por cuenta de una potencial acción de reparación directa a la Fiscalía no puede aplicarse en forma mecánica o instrumental casi ligera o parcializada como lo da a entender el accionante en su libelo, por que operó, en el caso de LICETH CAICEDO BALANTA, la absolución al demandante; sino que, como lo dice el Alto tribunal en la Sentencia ibídem, esa responsabilidad "...debe corresponderse con los mandatos convencionales y constitucionales de la justicia material..."

Esta misma Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera con Exp.30134, argumenta que: "Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado[1], sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos[2], que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional."

2.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN o DEL DERECHO RECLAMADO: Aplicable a la totalidad de las pretensiones con base en todo lo expuesto en esta contestación de demanda, lo cual me remito por celeridad y economía procesal.

3.- FALTA DE CAUSA PARA PEDIR: Hace relación a todas las pretensiones y su argumentación se desprende del acápite de la oposición general y específica a las pretensiones, de los fundamentos de derecho, razones de defensa y de lo dicho al contestar los hechos de la demanda, lo cual me remito por celeridad y economía procesal.

4.- BUENA FE: Sin que implique reconocimiento alguno se propone en razón a que la demandada ha actuado siempre de buena fe.

5.- COBRO DE LO NO DEBIDO: No hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora conforme con lo expuesto en el acápite de oposición a las pretensiones, los fundamentos de derecho y razones de defensa y lo dicho al contestar los hechos de la demanda, lo cual me remito por celeridad y economía procesal.

6.- INEXISTENCIA DE ERROR JUDICIAL: Señala el Consejo de Estado que, cuando el Juez, al ejercer el núcleo central de la actividad jurisdiccional, esto es, al proferir su sentencia, invoca a manera de fundamentación de la decisión una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, sin que aquélla aparezca por lo menos como razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, incurre en error judicial, si la pretendida fundamentación de la decisión no guarda compatibilidad alguna con la hipótesis fáctica que los hechos probados muestran en la instancia.

Indica también que, la labor de interpretación jurisdiccional, si bien por naturaleza supone un grado amplio de autonomía para el juzgador, en la medida en que el operador jurídico puede optar por varias lecturas interpretativas del caso concreto, siempre y cuando, se reitera, guarden armonía y compatibilidad con los hechos y con el derecho aplicable a una determinada situación; esa manifestación de la autonomía jurisdiccional, no puede servir de justificación a una determinada decisión, cuando aparece objetivamente que la invocación de una doctrina constitucional, resulta perfectamente inadecuada o incompatible frente a la realidad de los hechos acreditados.

En el caso concreto, la Fiscalía profirió sus actos administrativos con la fundamentación necesaria. Para el caso de la Fiscalía existieron elementos suficientes que dieron cuenta de la responsabilidad del inculpado en la comisión de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN, PREVARICATO POR OMISIÓN y CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS. Por ello, la exhibición de pruebas que comprometían a LICETH CAICEDO BALANTA, se profirió la medida, actuaciones que justificaron de manera razonable y objetiva sus decisiones dentro del procedimiento penal establecido.

En los casos en los cuales la ley presume que se presenta la detención injusta de la libertad, cuando se pretende lograr indemnización de perjuicios por esta causa, los actores deben demostrar que la detención preventiva surtida fue injusta e injustificada, porque en estos casos la responsabilidad estatal no es automática por el hecho que la detención preventiva sea revocada.

Se precisa señalar que la protección consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es en el caso de la figuras denominadas CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA, que han sido establecidas como mecanismos apropiados y justificados para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.

En efecto, en el presente caso y frente a la detención preventiva como medida de aseguramiento, la misma efectivamente se encuentra circunscrita en el ámbito del equilibrio de las cargas públicas, habida cuenta que analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el contexto en el cual se impuso, superaban con creces los requisitos mínimos y los criterios de razonabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento.

De esta forma, sí con los elementos materiales probatorios, en su momento la Fiscalía no hubiese emitido la medida; esta institución seguramente hoy serían objeto de reproche al parecer negligente, inoperante, no cumplidora de su deber legal; al no adoptar las medidas necesarias de acuerdo al delito que se le estaba imputando a LICETH CAICEDO BALANTA.

Por lo anterior, la privación de la libertad no se tornó injusta y en consecuencia, no podemos predicar en este caso, que la misma deba entenderse como ERROR JUDICIAL que deba ser reparado por el Estado y de manera particular en este caso, por la Fiscalía General de la Nación.

7.- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN ANTE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD: La actuación de mi representada se ajustó a las disposiciones que desarrollaban la materia, las que le imponen la obligación de ejercer la acción penal y de asegurar la comparecencia la proceso del o los presunto infractores de la ley penal; por lo que se cumplían con los requisitos en su momento para la imposición de medida de aseguramiento, existiendo pruebas graves de responsabilidad sobre la base de documentos y testimonios ampliamente detallados en folios contentivos del expediente penal; que conllevaron a comprometer la responsabilidad de la señora LICETH CAICEDO BALANTA en calidad de coautor. En ese sentido es dable exponer que no siempre que una persona haya sido privada de su libertad, como consecuencia de una orden de captura, una medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria, y que posteriormente la recupere, se configura una privación injusta de la libertad pues todos los ciudadanos por cuenta de hechos como los ocurridos en la persona de LICETH CAICEDO BALANTA con presuntas consecuencia penales, están expuestos a las dificultades que esas consecuencias traen y los daños que la protección del orden público y la armonía social, les pueda ocasionar. Dicho cumplimiento del deber de la FGN NO comporta de ninguna manera intención de producir consecuencias nocivas o una actuación dolosa o gravemente culposa contra LICETH CAICEDO BALANTA en la etapa investigativa a cargo de la FGN, resultando improcedente atribuir responsabilidad patrimonial alguna al Ente Investigador que represento.

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra su principal fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política que indica que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Lo anterior indica que en los casos en que como este, se pretende se declare la responsabilidad del Estado, es fundamental PROBAR la existencia del daño cuya reparación se pretende frente al caso de LICETH CAICEDO BALANTA, so pena de **desestimarse las pretensiones de la demanda**.

Tampoco es dable aceptar que las actuaciones y/o diligencias de la Fiscalía hubieren sido violatorias del debido proceso, razón por la cual el supuesto daño esgrimido por el convocante no es antijurídico frente a la Fiscalía; de ahí que, para que un quebranto patrimonial sufrido por un particular tenga el carácter de perjuicio indemnizable, requiere ser antijurídico. Para que opere la responsabilidad objetiva no basta con que la providencia absolutoria esté fundada en cualquiera de las tres circunstancias ampliamente conocidas bajo la ley penal colombiana (i) inexistencia del hecho, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituya delito), sino que también se requiere que la detención preventiva se hubiere causado por dolo o culpa.

8.- FALTA DE DESVIRTUACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE CONVICCIÓN TENIDOS EN CUENTA POR LA FISCALIA PARA SOLICITAR ANTE EL JUEZ LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: En el caso en estudio, se tiene que los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentadas por la Fiscalía, de conformidad con las normas citadas, permitieron la legalización de captura y la imposición de la Medida de Aseguramiento; las cuales a su vez, permitieron "inferir razonablemente" la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Así las cosas, en el asunto que se analiza no puede perderse de vista que la absolución de la investigación de LICETH CAICEDO BALANTA se efectuó pero NO por ABSOLUTA INOCENCIA, lo cual significa que en el caso concreto, no existe detención injusta por cuenta de la FISCALÍA, ya que no desvirtuó el valor probatorio de los medios de convicción recogidos en la investigación por la Fiscalía para imponer la medida de aseguramiento, **carga procesal que estuvo en cabeza del demandante y que hasta ese estadio procesal penal no pudo demostrar lo contrario teniendo la oportunidad para hacerlo en un debido proceso**, como tampoco logró demostrar un presunto inadecuado análisis de las evidencias físicas e información legalmente obtenida para el decreto de la medida. De ahí que se exponga esta excepción al no haber podido desvirtuar el valor probatorio de los medios de convicción tenidos en cuenta por la Fiscalía para la imposición de la medida de aseguramiento; esperando ahora sí demostrarlo por este medio de control contencioso, por lo que es menester tener especial previsión y cuidado.

9.- AUSENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO E INIMPUTABILIDAD DEL MISMO A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: El Honorable Consejo de Estado en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá, D. C, veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-25-000-1995-01119-01(21536)Actor: LUZ OFELIA JIMENEZ Y OTROS, Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA; RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, **no es posible reconocer el daño con una mera conjetura:**

"El daño, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. En efecto, la antijuridicidad del daño es un requisito sine qua non de la responsabilidad del Estado, y además, el primer elemento en el análisis que debe hacer el juez contencioso para tal efecto" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Esta decantado por la jurisprudencia de la instancia de cierre de esta jurisdicción, que un requisito Sine qua non para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, es la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados al señor LICETH CAICEDO BALANTA por ello se hace necesario esgrimir como excepción la ausencia del daño con el fin de resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda, pues si no hay daño antijurídico no hay lugar a reparación esto por cuanto además no todo daño implica necesariamente un perjuicio que se deba reclamar.

El artículo 90 de la Constitución Política literalmente indica:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Bajo esta premisa para que proceda el deber de responder patrimonialmente se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos constitucionales:

1. Daño antijurídico.
2. Imputabilidad del daño antijurídico al Estado.

En este sentido, el Doctor Enrique Gil Botero ha manifestado:

*"La objetivación del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, **el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión.**"¹²*

De igual manera, como lo manifestó el tratadista en derecho Libardo Rodríguez para que el daño sea indemnizable se requiere:

"(...) El actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio"¹³.

De esta manera, es necesario tener claro el concepto de daño antijurídico y la imputabilidad que se acepta por parte del Consejo de Estado, para lo cual se transliteran apartes de sentencias y de conceptos de procuradores delegados ante la precitada Corporación:

"El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución, ni en la Ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del Profesor Eduardo García Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

(...)

¹² Responsabilidad Extracontractual del Estado, Ed Temis, pág. 28, 2011.

¹³ Derecho Administrativo General y colombiano, Ed Temis, pág. 625, 2013.

La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)¹⁴.

Así las cosas, se puede observar que la Entidad, por el hecho de tener la titularidad de la acción penal, propendió a evitar que los presuntos infractores de la ley penal pudieran obstruir la justicia o que en su defecto representaran un peligro para la sociedad.

10.- INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD: Es importante precisar, que para que pueda condenarse al Estado, deben demostrarse en el proceso los siguientes supuestos:

1. Existencia del hecho (falla en el servicio).
2. Daño o perjuicio sufrido por el actor.
- 3. Relación de causalidad entre el primero y el segundo.**

Bajo este escenario, no se evidenció falla en el servicio y en consecuencia no existe el daño aducido por el demandante, por parte de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, toda vez, que dentro del plenario no se aportaron las pruebas que conlleven a la responsabilidad patrimonial y administrativa de mi prohijada.

11.- TEORÍA PROBATORIA PENAL: EL ANÁLISIS DE APLICACIÓN PROBATORIA O PROGRESIVIDAD DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL EN CADA FASE O ESTADIO PROCESAL PENAL, FRENTE A LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Debo precisar con especial claridad que: Hay que tener en cuenta Honorable Juez(a) que la exigencia probatoria dentro del proceso penal en vigencia de la LEY 906 de 2004, es progresivamente mayor a medida que avanza su curso, (estándares de pruebas o niveles probatorios) por ende, la **prueba** requerida para decretar la medida de aseguramiento es menor que la requerida para proferir escrito de acusación o formulación de acusación y ésta, a su vez, es menor que la requerida para proferir sentencia condenatoria. Pues respecto de esta última se requiere plena prueba de la responsabilidad del implicado en la comisión de la conducta punible, de manera que bien puede suceder que se encuentren reunidas las exigencias objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento que implique la restricción de la libertad y finalmente la prueba resulte insuficiente para proferir decisión adversa al procesado en juicio, evento en el cual prevalece la falta de pruebas o la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio de in dubio pro reo. Sin embargo, en este caso, tal situación no implica por sí misma que hayan sido desvirtuados los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento y, por ende, no puede afirmarse que la detención habrá sido injusta.

En materia penal y en Ley 906 de 2004 (sistema penal vigente para la época de los hechos del caso que nos ocupa), la PRUEBA PARA DICTAR SENTENCIA en juicio es DISTINTA a la que previamente se valora en la orden de captura o en la de decreto de medida de aseguramiento o la que se califica el mérito del sumario, la cual debe ser de tal magnitud en sentencia que ponga fin a tal instancia.

De ahí que queda plenamente justificada la privación de la libertad de LICETH CAICEDO BALANTA por parte de la FGN al **MOMENTO DE DICTAR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**. Lo que sucede es que es importante precisar en materia contencioso administrativa los alcances de la esencia de la ley procesal penal para impetrar la responsabilidad administrativa de mi representada.

¹⁴ Concepto 12-23 Expediente: 270012331000200900079-01 Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, enero 30 de 2011.

A su vez, se precisa como **el sindicado debe asumir la carga de la investigación**, la cual incluye desde el llamamiento al proceso en forma libre y voluntaria hasta la imposición de una medida preventiva de detención, cuando con su actuación haya dado lugar a establecer una relación con el hecho delictuoso, siendo en consecuencia la medida de aseguramiento un acto legal de la administración de justicia.

Entonces aun cuando la Fiscalía decretó medida de aseguramiento en contra del sindicado, y continuó la investigación del proceso, esta decisión no constituye por sí sola falla del servicio por error judicial, pues se debe entender que en el momento procesal existían las pruebas suficientes para decretarla, los indicios graves de responsabilidad, por ende era procedente decretarla y continuar la investigación en aras de buscar la verdad de los hechos y la identificación de los responsables.

12.- CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

La Ley estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 70 consagra **CULPA DE LA VÍCTIMA** como eximente de responsabilidad. En Sentencia del 14/12/2016 de la Subsección B de la Sección tercera del Consejo de Estado, con M.P. Dra. Stella Conto Diaz del Castillo dentro del proceso NUR 19001-23-31-000-2008-00327-01 (39393), se expuso **que el análisis de la antijuridicidad** en un evento de privación de la libertad, necesariamente debe hacerse en los términos del artículo 70 de la Ley 270, que señala las causales de exoneración de responsabilidad del Estado, y, particularmente, en aplicación de los artículos 2, 6, 83 y 95 de la Carta Magna, que imponen a los asociados, el imperativo de respetar los derechos ajenos y no avisar de los propios. Lo anterior, a efectos de descartar la culpa grave o el dolo civil (artículo 63 C.C.), pues no se comprende el deber indemnizatorio del Estado, sin consideración a la conducta de la víctima, la cual debe comprender el baremo de la mayor o menor diligencia del privado de la libertad, sobre sus deberes de convivencia social. Según la Alta Corporación, **ello no implica** la REAPERTURA DEL JUICIO PENAL, toda vez que la actuación de la víctima SI CUENTA en el proceso contencioso administrativo.

Normas Infringidas.

Por mandato de la Constitución Política- CAPITULO 5. DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, sic...

El control fiscal sic...(...) patrimonio público.

El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

**FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
CAUCA**

Calle 3 No.2-76 – Popayán
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
elier.castillo@fiscalia.gov.co
www.fiscalia.gov.co

sic...

6. Conceptuar sobre la **calidad y eficiencia del control fiscal interno** de las entidades y organismos del Estado.

Artículo 269. En las **entidades públicas**, las autoridades correspondientes **están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno**, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Ley 80 de 1993 Estatuto de Contratación Estatal.

Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y **la efectividad de los derechos e intereses de los administrados** que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007

Artículo 65º.- De la Intervención de las Autoridades que ejercen Control Fiscal. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

sic....

El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno. Las autoridades de Control Fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

Artículo 66º.- De la Participación Comunitaria. Todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.

Las asociaciones cívicas comunitarias de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán **denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos** o de los particulares, que constituyan delitos, contravenciones, o faltas en materia de contratación estatal.

Las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación o información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

El Gobierno Nacional y los de las Entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual orientados a recompensar dichas labores.

Las entidades estatales podrán contratar con las asociaciones de profesionales y gremiales y con las universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas.

Ley 1150 de 2007.

TITULO I DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA

Artículo 2º. *De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:*

3. Concurso de méritos. *Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.*

Ley 42 de 1993, vigente para la fecha de los hechos:

Artículo 9º.- *Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.*

Artículo 18º.- *La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, **el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.***

En materia contenciosa **es irrelevante si** LICETH CAICEDO BALANTA **incurrió en la comisión** de la conducta delictiva o no, pues sobre su comportamiento pesa una decisión de absolución proferida por el Juez natural de la causa penal. Así pues, no está en discusión el desvanecimiento de la presunción de inocencia del otrora procesado penalmente; lo relevante estriba en el análisis de las acciones particulares que dieron origen a la detención de que fue objeto LICETH CAICEDO BALANTA cuando se impuso la medida de aseguramiento privativa de la libertad al RESOLVERLE LA SITUACIÓN JURÍDICA.

La Sección Tercera del Concejo de Estado ha RATIFICADO en varios fallos que “En los caso en que la conducta de la víctima esté provista de culpa grave o dolo procede la **exoneración total de responsabilidad del Estado**, por cuanto la conducta de la propia víctima fue la determinan te del daño” (subrayado y negrilla fuera de texto) (Concejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – C.P.Dr.Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia 04/11/2015. Rad.38.178).

Con respecto a este eximente se argumenta así:

Para la FGN la conducta del hoy actor LICETH CAICEDO BALANTA es absolutamente reprochable, toda vez que desconoció o violó los lineamientos normativos de la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación Estatal la cual fue publicada el 28 de octubre de 1993 (Diario Oficial No. 41.094) y empezó a regir el 1º de enero de 1994, se tiene que el artículo 65 inciso 3 de la norma antes aludida (Ley 80 de 1993), dispuso que: el control previo administrativo de los contratos corresponde a las Oficinas de Control Interno, al respecto debe aclararse, que de acuerdo con el concepto No. 904 del 31 de marzo de 1995

de la Contraloría General de la República, cuando se asigna a la Oficina de Control Interno el Control Previo Administrativo, se está refiriendo al análisis de los procedimientos de la Entidad, cuya función es precisamente la de verificar y evaluar la gestión administrativa. establece que la ley 1150 de 2007, los decretos reglamentarios en especial el Decreto 2474 de 2008 vigente para la fecha de los hechos.

Artículo 25 numeral 12.- "Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia". (subrayado fuera de texto).

Fue esa conducta la que motivó la decisión de la Fiscalía de imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, incurriendo la parte actora en culpa y nadie puede aprovecharse de su propia negligencia, lo que configura su propia culpa exclusiva como eximente de responsabilidad administrativa.

Reprochable y poco ortodoxo sería ahora alegar una responsabilidad por cuenta de su propia conducta, fruto de la privación alegada como injusta en este medio de control, lo que determina que la misma deba asumir una gran parte de la responsabilidad por la privación de la libertad de la que fue objeto; lo que el Juez de Primera Instancia debe considerar en el presente caso.

En relación con el objeto en estudio, la **Directiva Presidencial 02 de abril 5 de 1994** determina lo siguiente:

"las funciones de las oficinas de control interno tienen un carácter **eminente asesor**, sin un componente operativo distinto del que lógicamente se requiere para formar un juicio sobre la materia que se está analizando. Con el fin de reforzar este concepto la Ley 87, en el parágrafo del Artículo 12 establece textualmente que en ningún caso podrá el Asesor Coordinador, Auditor Interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la Entidad a través de autorizaciones o refrendaciones.

El sentido de este precepto es naturalmente evitar que, por una distorsión del concepto de control interno se vuelva al control previo proscrito por la constitución. La Oficina de Control Interno no se crea entonces para ejercer el control sino para ayudar efectivamente a que este sea debidamente hecho por quienes tienen la competencia y por tanto la responsabilidad administrativa." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las normas y la Directiva en cita, la labor de las oficinas de control interno es preminentemente **asesora y sus labores operativas se limitan exclusivamente a las necesarias para formarse un juicio sobre la materia objeto de análisis**; conforme con ello, el asesor, coordinador, auditor interno no se encuentra facultado para participar en los procedimientos administrativos de la entidad a **través de autorizaciones y refrendaciones**.

Ahora bien, el Artículo 65 de la Ley 80 de 1993, dispuso que **el control previo administrativo de los contratos corresponde a las Oficinas de Control Interno**, al respecto debe aclararse, que de acuerdo con el concepto **No. 904 del 31 de marzo de 1995 de la Contraloría General de la República**, cuando se asigna a la Oficina de Control Interno el Control Previo Administrativo, se está refiriendo al **análisis de los procedimientos de la Entidad, cuya función es precisamente la de verificar y evaluar la gestión administrativa**.

En consecuencia, a la Oficina de Control Interno le corresponde diseñar y desarrollar adecuados **sistemas de verificación y evaluación del proceso contractual y utilizar métodos que le permitan conocer las instancias que se surten en las etapas contractuales**, sin que tal labor signifique crear trámites aprobatorios a la gestión administrativa.

La Oficina de Control Interno está definida como uno de los elementos del **Sistema** de Control Interno, del **nivel gerencial o directivo**, encargada de **cumplir las funciones de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.**

Es así como la función de la Oficina de Control Interno debe ser considerada como un proceso retroalimentador que contribuye al **mejoramiento continuo de la Administración Pública**. De ahí que sea fundamental precisar cuáles son los tópicos o roles generales que enmarcan la función de dichas Oficinas, en los cuales debe enfocar sus esfuerzos para desarrollar **una actividad independiente y objetiva de evaluación y asesoría**. Estas funciones son esencialmente cinco, definidas así: **valoración del riesgo, acompañamiento y asesoría, evaluación y seguimiento, fomento a la cultura de control y relación con entes externos.**

Respecto de la función de acompañamiento y asesoría, contemplado en el Artículo 9 de la Ley 87 de 1993, el **Artículo 3 del Decreto 1537 de 2001**, la considera como uno de los principales tópicos que enmarcan el rol de las Oficinas de Control Interno.

De conformidad con lo establecido en el párrafo del Artículo 12 de la Ley 87 de 1993, se pretende evitar que los Jefes de Control interno participen en los procedimientos administrativos mediante autorizaciones y refrendaciones, razón por la cual tienen la posibilidad de conocer con mayor libertad e independencia la gestión de la organización para **hacer las recomendaciones de mejoramiento pertinentes.**

En este orden de ideas, se define el rol de las oficinas de control interno con un carácter eminentemente **asesor**, caracterizado por su **independencia y objetividad permanente**, no obstante, es **pertinente manifestar que las auditorías de gestión** que adelante la oficina de control interno tendrá alcance para **evidenciar irregularidades en la gestión, presentación de informes donde se plasmen tales circunstancias y efectuar las recomendaciones que dicha instancia considere pertinentes.**

En otras palabras, el control gubernamental o control previo consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la Gestión Pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado.

¿QUÉ ES EL CONTROL INTERNO PREVIO Y QUIÉNES LO EJECUTAN?

El **control** interno **previo** comprende los procedimientos incorporados en el plan de organización y en los reglamentos, manuales y procedimientos administrativos y operativos de cada entidad.

Una adecuada aplicación de control previo y concurrente permite inspeccionar de manera paralela o inmediata el desarrollo de una obra pública, bienes o un servicio público, asegurando que dicho trabajo se desarrolle dentro de los estándares de la norma y que sus resultados sean los inicialmente trazados.

El control gubernamental es interno y externo. Su desarrollo constituye un proceso integral y permanente. El control interno se refiere a las acciones que desarrolla la propia entidad pública con la finalidad de que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente.

Las actividades de control son muy diversas. Comprenden políticas, procedimientos, mecanismos, prácticas y una serie de medidas que se adoptan para conducir la gestión y asegurar que ésta se oriente eficazmente al logro de los objetivos institucionales.

Definición de Control interno.

Sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas **constitucionales y legales vigentes** dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

La Ley 87 de 1993, por medio de la cual se establecieron las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictaron otras disposiciones, mediante el artículo 1º definió el control interno como "el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos".

Se observa en esta definición la relación entre la administración de la información y los recursos con el cumplimiento de las normas constitucionales y legales y las políticas de la gerencia pública y la planeación. La información, dentro de la teoría de sistemas y como elemento esencial de ellos, se constituye en factor clave de la interacción de la entidad pública con su entorno y con la evaluación (como control) de la gestión pública, pues el ente público como sistema social necesita de información para orientar o reorientar la gestión en procura de alcanzar el uso eficiente, eficaz y económico de los recursos. Sin información no hay evaluación.

Tal y como lo manifiesta el autor **Óscar Johansen Bertoglio**:

"Mientras más desorganizado e impredecible sea un sistema, necesitamos más información para dominarlo o controlarlo"

Son reiteradas las referencias al concepto de información dentro de la Ley 87 de 1993, como parte esencial del Sistema de Control Interno.

El párrafo del artículo 1 estipula que "(...) El control interno (...) se cumplirá (...), mediante (...) sistemas de información..."

Asimismo, se dicta dentro del articulado de la ley permanentes referencias a la información como parte esencial del sistema de control interno o como objeto de control. En la definición de los objetivos del sistema de control interno se expresa que este debe asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros; el **artículo 3 ordena** que el sistema de control interno forma parte integrante de los sistemas contables, financieros, de planeación, de información y operacionales de la respectiva entidad; **el artículo 4** plantea como elemento del sistema de control interno el establecimiento de sistemas modernos de información para facilitar la gestión y el control; y el artículo 12 estipula como funciones del auditor interno, o quien haga sus veces, **el de verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios.**

La contabilidad pública como sistema de información se convierte en elemento esencial del sistema de control interno y a su vez como objeto de este, en función de la evaluación independiente que el auditor interno, o quien haga sus veces, debe llevar a cabo para asesorar a la gerencia pública sobre la confiabilidad y oportunidad de la información contable pública.

Control de la gestión contractual

Los artículos 62 y 63 de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, determinan que la Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.

Para ello, se deberán adelantar las visitas a las entidades estatales oficiosamente y con la periodicidad que demande la protección de los recursos públicos y el imperio de la moralidad, legalidad y honestidad en la administración pública.

Asimismo, el artículo 64 de dicho Estatuto asigna a la **Fiscalía General de la Nación para que de oficio o por denuncia**, investigue las conductas constitutivas de **hechos punibles en la actividad contractual** y acusará a los ***presuntos infractores ante los jueces competentes***.

De otra parte, mediante el artículo 65 de esta ley se determina que las autoridades de control fiscal intervendrán en el proceso de contratación una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente, indica que se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales y una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Asimismo, plantea que las autoridades sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden. Se plantea, además, que el control previo administrativo de los contratos les corresponde a las oficinas de control interno.

El artículo 66 de la Ley 80 de 1993 determina que todo contrato que celebren las entidades estatales estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano. Para ello, las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares que constituyan delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.

Dicta a las autoridades la obligación de brindar especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas. También se reglamenta que el Gobierno Nacional y los gobiernos de las entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual orientados a recompensar dichas labores, y que las entidades estatales podrán contratar con las asociaciones de profesionales y gremiales y con las universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas.

Por último, el artículo 67 de esta ley determina que los organismos o entidades gremiales, profesionales o universitarios que tengan el carácter de cuerpos consultivos del Gobierno prestarán la colaboración que en la actividad contractual requieran las entidades estatales y servir de árbitros para dirimir las discrepancias de naturaleza técnica que surjan en desarrollo del contrato o con ocasión de este.

Administración del Riesgo:

En cuanto al acompañamiento que en la materia debe hacer la Oficina de Control Interno, de acuerdo con lo previsto en el **Decreto 1537 de 2001, en su artículo 4o.** "*(...) la identificación y*

análisis del riesgo debe ser un proceso permanente e interactivo entre la administración y las Oficinas de Control Interno, evaluando los aspectos tanto internos como externos que pueden llegar a representar una amenaza para la consecución de los objetivos organizacionales, con miras a establecer acciones efectivas, representadas en actividades de control, acordadas entre los responsables de las áreas o procesos y las Oficinas de Control Interno e integradas de manera inherente a los procedimientos".

Acompañamiento y Asesoría:

El artículo 9° de la Ley 87 de 1993 señala entre otras cosas, que le corresponde a la Oficina de Control Interno, asesorar a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos. En desarrollo de tales funciones, **el artículo 3° del Decreto 1537 de 2001**, identifica el Acompañamiento y Asesoría como uno de los principales tópicos que enmarcan el rol de las Oficinas de Control Interno. La misma ley y su posterior reglamentación establecen que "en ningún caso, podrá el jefe de la Oficina de Control Interno, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones". (Parágrafo del artículo 12 de la Ley 87 de 1993) y que "**Como mecanismos de verificación y evaluación del control interno se utilizarán las normas de auditoría generalmente aceptadas, la selección de indicadores de desempeño, los informes de gestión y de cualquier otro mecanismo moderno de control que implique el uso de la mayor tecnología, eficiencia y seguridad.**" (Parágrafo del artículo 9°).

Evaluación y Seguimiento:

La Evaluación Independiente, se ejecuta a través de dos elementos a saber: ***Evaluación del Sistema de Control Interno, y Auditoría interna.***

Estas dos etapas a su vez requieren de una etapa de seguimiento, de manera que pueda verificarse que las acciones derivadas de las evaluaciones y de las auditorías internas sean implementadas de manera eficiente y eficaz.

Así mismo, se plantea que las oficinas de Control Interno tengan en cuenta que su función evaluadora no se limita exclusivamente a lo relacionado con la evaluación del Sistema de Control Interno y el de calidad, sino que igualmente debe realizar seguimiento y evaluación a los siguientes aspectos de la entidad:

A la gestión de la entidad con el fin de asegurar que los planes, programas y proyectos, estén acordes con los objetivos establecidos en el plan institucional.

De la ejecución presupuestal que se adelanta en la entidad.

A que la entidad cuente con los procesos identificados y que sus procedimientos tengan información acerca de: **qué, quién, cómo, cuándo hacerlos**, así como los puntos de control previamente definidos.

Asesoría y seguimiento a los procesos de contratación, verificando la necesidad, justificación de todas las adquisiciones y el **cumplimiento de la normatividad que lo regula.**

Seguimiento a la legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad.

A los planes de mejoramiento de las Contralorías, la Oficina de Control Interno y la autoevaluación de las dependencias, en cuanto al desarrollo y cumplimiento de la corrección de las debilidades encontradas.

A la fluidez y oportunidad en las interrelaciones entre los procesos misionales y de apoyo, para el logro de los objetivos institucionales.

A las recomendaciones sobre la racionalización de los procesos y los trámites en la entidad, de manera que se agilicen las respuestas, sin descuidar los puntos de control y la transparencia.

A los informes a la Alta Dirección sobre los hallazgos encontrados con el fin de contribuir al mejoramiento continuo y a la corrección o prevención de posibles riesgos.

Fomento de la Cultura del Control:

Las funciones de las Oficinas de Control Interno se enmarcan básicamente en verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad; y para esto es vital fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional y en el cumplimiento de los planes, metas y objetivos previstos, como instancia evaluadora del Sistema de Control Interno. Como marco referencial para desarrollar este propósito estatal es indispensable unificar criterios conceptuales y metodológicos respecto del papel de la cultura en las organizaciones, como el espacio donde se enmarca todo accionar humano.

Relación con Entes Externos:

Teniendo en cuenta que la Oficina de Control Interno es un componente dinamizador del Sistema de Control Interno, debe ser quien facilite los requerimientos de los organismos de Control Externo y la coordinación en los informes de la Entidad, verificándose de esa manera el rol de facilitar, al interior y al exterior, el flujo de información en la entidad.

En este sentido, se debe advertir que esta oficina cumple un papel fundamental, por cuanto sirve como puente entre los entes externos y la entidad misma, y para ello debe identificar previamente la información relevante y pertinente que estos requieran, así como los funcionarios idóneos para atender sus requerimientos.

El profesor ***Francisco Cuello Duarte***, en un artículo de prensa explica que, al no estar definido el fraccionamiento contractual en nuestra legislación actual, su ilicitud se deduce "***del contenido del principio de transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.***"

La definición del **fraccionamiento de contratos** del profesor ***Cuello Duarte***, aunque fundamentalmente igual a la del profesor Cascante Salas, tiene importantes elementos adicionales que hacen necesario el citarla, sin incurrir en repeticiones aparentes.

Así, pues, el fraccionamiento de contratos, para el profesor Cuello Duarte consiste, "***en que la entidad contratante divide el proyecto, sin ninguna justificación, en dos o más contratos, para suscribirlo indebidamente entre dos o más contratistas, o con un solo contratista, evitando así el proceso licitatorio o de concurso. Cuando, por ejemplo, sumados los contratos, el monto total registra una cuantía que exigía la convocatoria de la licitación o cuando se adiciona un contrato que sumando los dos, la cifra final también exigía el proceso de licitación o concurso.***"(Cuello, 2012)

En la definición del profesor Cuello Duarte se encuentran dos enfoques.

El primero: en el fraccionamiento contractual pueden no coincidir las dos partes en el mismo lapso; el elemento fundamental, para él, del fraccionamiento de contratos, sería la coincidencia del objeto en varios contratos celebrados en un mismo lapso.

El segundo: el monto de los contratos fraccionados, sumado, excedería la cuantía mínima estipulada por la Ley, más allá de la cual sería necesario realizar un proceso licitatorio. La definición del profesor Cuello Duarte se aproxima a la de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la **Corte ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar,**

"(..) en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes:

i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así,

ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública" (Corte Suprema de Justicia, 2010)

Un criterio común a todas las definiciones de fraccionamiento contractual dadas hasta ahora es el de la unidad del objeto.

El **Consejo de Estado** ha señalado que los principios de la contratación estatal se violan cuando: *"se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la Ley (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La Ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto"*. (Consejo de Estado, 2000)

Y aun con más claridad: *"De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta el momento, la unidad de objeto en materia de contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto es naturalmente und"*

Así las cosas, la Sub Sección entiende que dicha unidad se reputa natural cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el producto final deseado con la contratación; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son "interdependientes". (Consejo de Estado, 1995)

El tratadista Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, señala que al no existir una norma expresa de fraccionar contratos:

"Hoy en día, se prueba a partir de la existencia de varios contratos estatales debidamente perfeccionados que tengan como objeto las mismas prestaciones, pese que en algunos de ellos se pueda advertir pequeñas diferencias o variaciones que consistan en adiciones o disminuciones de las actividades que lo componer".

Indica también que "se hace necesario mostrar la intención de eludir el proceso de selección que correspondería con la suscripción de varios contratos que persigan el mismo fin, pero que sean sucesivos y además, que al suma de todos esos acuerdos lleve a concluir la satisfacción de una misma necesidad". (Rodríguez, 2013)

En resumen: los elementos de la práctica del fraccionamiento contractual son:

- 1) la unidad de objeto de los contratos firmados por la administración y el contratista.
- 2) la coincidencia de la celebración de los contratos en un mismo lapso.
- 3) la cuantía de los contratos que, sumada, excede la cuantía mínima exigida por la Ley para realizar un proceso licitatorio. Lo que puede dar a pensar que:
- 4) los contratos fueron celebrados con la motivación de "soslayar las normas de la contratación pública habiendo sido expuesto de manera somera el concepto del fraccionamiento contractual, se tratará ahora del conflicto de esta práctica con la legislación actual, específicamente con los principios de la contratación estatal"

Principios de la Contratación Estatal Respecto al hecho de que el fraccionamiento contractual no esté prohibido expresamente por la legislación actual, el Consejo de Estado ha dicho:

"Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la Ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto" (Consejo de Estado, 2001)

Así, no estando prohibido expresamente el fraccionamiento de contratos en la legislación, es forzoso indagar por qué de los principios de la contratación estatal se inferiría la prohibición de dicha práctica. En efecto, los principios de que habla el Consejo de Estado (consagrados algunos en la constitución, algunos en la ley), "orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso." Estos principios incorporan en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado. (Consejo de Estado, 2007)

La Ley 80 de 1993, en su artículo 23, establece como principios de las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal la transparencia, la economía y la responsabilidad. Este mismo artículo establece que dichas actuaciones deberán, también, desarrollarse con arreglo "a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, a las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

Así, a los principios expresamente señalados como tales por la Ley (**transparencia, responsabilidad, economía**), se suman los que lo son implícitamente. Por ejemplo: cuando el artículo 23 menciona que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal deben desarrollarse en concordancia con las reglas de interpretación de la contratación, se está remitiendo al artículo 28 en el que se prevé que en la interpretación de las normas sobre contratación, además de los principios de la contratación, se debe tener en consideración "los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos."

Teniendo en cuenta lo anterior, debería pensarse que la enumeración explícita del artículo 23 está lejos de ser taxativa. Algunos autores, incluso, incluyen dentro de los principios de la contratación estatal

principios reconocidos por la jurisprudencia extranjera, considerando que coinciden con los principios de la contratación estatal colombiana.

No es el objeto de este trabajo el profundizar en el estudio de los principios de la contratación estatal; sin embargo, siendo necesario para este análisis el identificar los principios con que se estaría en conflicto, es preciso hacer una breve exposición de estos, principalmente de aquellos que serían contrarios con la práctica del fraccionamiento contractual.

El principio de transparencia. Para el Consejo de Estado, el objeto del principio de transparencia es "garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades en la celebración de contratos con las entidades estatales y la selección objetiva del contratista, tanto en la precedida de licitación o concurso, como en la contratación directa."(Consejo de Estado, 2001)

Para esta corporación, "el principio de transparencia, al que debe sujetarse la contratación estatal, encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del estatuto de contratación, y que se expresa en el artículo 29 de la Ley 80 (...)" (Consejo de Estado, 2001)

Así, el principio de transparencia se basa en tres puntos fundamentales:

i) en la escogencias del contratista: La Ley 80 vincula el principio de transparencia al proceso de selección. El artículo 24 de esta Ley preveía una variedad de modalidades de selección; el artículo segundo de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 24, establece que la escogencia del contratista "se efectuará siempre a través de licitación o concurso público". Así, la licitación o concurso público, a partir de la **Ley 1150 de 2007**, se convierte en la regla general. En virtud de este principio la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo los casos que taxativamente se fijan en los artículos 24 y 39 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994. En estos casos se podrá contratar directamente.

ii) En la publicidad de las actuaciones: El principio de transparencia de la contratación estatal está ligado al principio de publicidad consagrado en el **artículo 209 de la Constitución Política**. La transparencia se traduce en la posibilidad de conocer y controvertir la actividad contractual y en el deber de expedir copias de las actuaciones el carácter público de las actuaciones.

iii) En la objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones

iv) En la motivación de los **actos administrativos** expedidos en la actividad contractual o con ocasión de ella: aspecto que comprende, como es obvio, la prohibición de actuar con falsa motivación o desviación de poder y la prohibición, esta no tan obvia, de hacer referencia a nombres o cargos de las entidades estatales en los avisos relativos al proceso contractual.

Se advierte que, es notable la relación evidente del principio de transparencia con otros principios como el de igualdad, el de imparcialidad, el de selección objetiva, el de publicidad, siendo todos estos principios fundamentales de la función administrativa y de la actividad contractual que hace parte de ella. (Consejo de Estado, 2007)

El **principio de transparencia** está vinculado, sobre todo, al principio de publicidad. El artículo 209 de la Constitución Política, consagra el principio de publicidad como uno de los principios que sirven de fundamento a la función administrativa.

En virtud de este principio: Las actuaciones de la Administración deben ser puestas en conocimiento de los administrados con lo cual ha de garantizarse su transparencia; con mayor razón cuando se trata de adelantar alguno de los procedimientos de selección de contratistas, puesto que de su efectiva aplicación se ha de derivar la posibilidad real de asegurar y permitir amplia participación de todas las

personas que estén interesadas en presentar sus ofertas para la ejecución de proyectos de interés público. (Consejo de Estado, 2007)

Para el Consejo de Estado, a tal punto están imbricados estos dos principios que "la publicidad de las actuaciones de la Administración constituye el elemento fundamental para asegurar su pulcritud, es decir, que uno y otro principios se sirven mutuamente y resultan inescindibles." (Consejo de Estado, 2007)

No es posible finalizar este apartado dedicado a la transparencia y a la publicidad en la contratación estatal, sin antes recordar que este principio no debe guardarse solamente en los procedimientos de licitación o concurso público sino que debe aplicarse en "cualquier actuación que se cumpla en orden a realizar la selección del contratista por parte de una entidad estatal, incluyendo, claro está, los casos autorizados para contratar de manera directa, de tal suerte que la violación de sus reglas, aún en estos eventos, viciará la validez del respectivo procedimiento de contratación y aun del contrato mismo." (Consejo de Estado, 2007)

El principio de responsabilidad.

En virtud de este principio, previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos están obligados a perseguir "el cumplimiento de los fines de la contratación y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

Así mismo, y como consecuencia del deber anterior, las entidades y los servidores públicos, de acuerdo a este principio, **son responsables** cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. Teniendo en mente el deber general enunciado en el numeral primero del artículo 24, es decir, el deber de los servidores públicos de perseguir el cumplimiento de los fines de la contratación y la protección de los derechos de los contratistas y de los terceros, los servidores públicos "**son responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que causen por razón de ellas.**"

Según el **numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993**, la responsabilidad de la dirección y del manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección está en cabeza del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla. Esto no implica una contradicción con la facultad que otorga el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar total o parcialmente la competencia que estos tienen para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones: el numeral 5 del artículo 24, de la Ley 80 de 1993, significa que ésta facultad de delegar y de desconcentrar que le otorga la ley a los jefes y representantes legales de las entidades y la delegación de qué habla el artículo 12, no comporta una exoneración de la responsabilidad de dichos funcionarios.

Principio de economía.

Veinte (20) son los numerales mediante los cuales se desarrolla, en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el principio de economía. No se hará una exposición detallada de cada uno de ellos por no ser pertinente para esta exposición; bastará enunciar de manera general en qué consiste este principio y profundizar en aquellos elementos que tienen relación con la práctica del fraccionamiento contractual.

En general, en virtud del principio de economía, entre otros aspectos, los procesos de **selección objetiva** de contratistas deberán cumplir **las etapas estrictamente necesarias**; la interpretación de

las normas contractuales no debe dar lugar a que se sigan trámites distintos y adicionales en los procedimientos contractuales o a que se profieran providencias inhibitorias; las reglas y procedimientos contractuales deben servir a los fines estatales, buscar la eficiente prestación de los servicios públicos y la protección de los derechos de los administrados; los trámites se deben adelantar con austeridad de tiempo, medios y gasto; los mecanismos de solución alternativa de conflictos deben adoptarse de manera obligatoria; las entidades estatales abrirán licitaciones solo cuando tengan respaldo presupuestal para ello; la conveniencia del objeto a contratar debe estudiarse antes de iniciarse el proceso de contratación, etc.

Para el Consejo de Estado, estas reglas y muchas otras que, reunidas, son la expresión del principio de economía en el estatuto contractual pretender garantizar:

- i) La prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo;
- ii) la verdadera y real planificación de las actividades de la Administración;
- iii) la eliminación de trámites innecesarios, demorados y engorrosos;
- iv) la optimización del tiempo y de los recursos de que dispone la Administración en todas a etapas del contrato;
- v) la atención real y oportuna de las peticiones que formulen los contratistas;
- vi) la solución de las diferencias suscitadas en razón del contrato en la instancia administrativa, para evitar difíciles y costosos procesos judiciales. (Consejo de Estado, 2007)

El principio de selección objetiva.

El artículo 29 de la Ley 80 define como selección objetiva aquella que privilegie "el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva". El Consejo de Estado ha señalado que el principio de **selección objetiva** no puede verse como un principio independiente de los principios de *transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe*, sino que debe entenderse que el principio de selección objetiva se sirve de ellos para **cumplir su finalidad**. (Consejo de Estado, 2007)

En cuanto a la selección objetiva del contratista, el **Consejo de Estado** ha precisado que en el procedimiento de contratación directa, debe aplicarse con el mismo rigor y alcance que le son propios, sin que pueda confundirse la observancia de dicho principio con el solo hecho de haber exigido pluralidad de ofertas, pero dejando de lado el aspecto más importante, cual es el consistente en que, "antes de adelantar el procedimiento administrativo de selección inspirado por los principios de transparencia y de selección objetiva, la entidad pública debe fijar las pautas, criterios y reglas que serán aplicables al momento de evaluar las ofertas y, con arreglo a ellas, elegir la más favorable". (Consejo de Estado, 2007)

El principio de la buena fe.

Según el artículo 83 de la Corte Constitucional, "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Este principio constitucional es también un principio orientador de la contratación estatal: no solo en la etapa de formación sino también en la de ejecución y liquidación del contrato. El estatuto contractual menciona expresamente que el principio de la buena fe debe regir las actuaciones de los contratistas en

las distintas etapas contractuales (artículo 5, numeral 2); el artículo 23 señala que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales del derecho, entre los que se cuenta el principio de la buena fe; el artículo 28, del que ya se mencionó, prevé que el principio de la buena fe debe ser un principio de interpretación de las normas sobre contratos estatales.

El principio de igualdad.

El principio de igualdad está consagrado en el artículo trece de la Constitución Política. Además de proclamar la libertad y la igualdad de todas las personas ante la Ley, este principio establece que el Estado debe promover las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva. En ese espíritu, el artículo 209 superior consagra el principio de igualdad entre los principios de la función administrativa. En desarrollo de estas dos disposiciones constitucionales, la Ley 80 prevé que la selección de un contratista, cualquiera que sea el procedimiento que se adelante para ello, tiene como presupuesto la igualdad de todos los participantes. El principio de libre concurrencia.

Sobre este principio ha dicho el **Consejo de Estado**: "*Por su parte, el principio de la libre concurrencia encuentra apoyo fundamental en los principios de igualdad y de publicidad, expuestos anteriormente, a través de los cuales logra su instrumentación. En virtud de este principio, cualquier persona tiene libertad de participar, en igualdad de condiciones, en la convocatoria que formule la Administración pública para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras, requeridos para la satisfacción de las necesidades de la comunidad.*" (Consejo de Estado, 2007)

La aplicación del principio de publicidad, pues, permite poner en conocimiento de las personas interesadas la próxima realización de un procedimiento de selección de un contratista, lo que les permite participar de dichos procedimientos en condiciones de igualdad.

Ha dicho el Consejo de Estado:

"*Otra dimensión del principio de la libertad de concurrencia, se traduce en la posibilidad cierta de que la Administración obtendrá el mayor número de ofrecimientos, lo cual se logra cuando la convocatoria ha sido lo suficientemente divulgada; de esta manera resulta posible generar una mayor competencia entre los participantes que han accedido a ella en igualdad de condiciones, a la vez, que se amplía la posibilidad de comparación y confrontación de los diversos ofrecimientos, para finalmente seleccionar, con arreglo a criterios objetivos, aquella que resulte ser la más favorable para el interés público.*" (Consejo de Estado, 2007)

El principio de Planeación.

Según este principio, la decisión de la administración de contratar no debe ser improvisada ni debe considerarse como discrecional de las autoridades; sino que debe obedecer a las necesidades de la comunidad y debe ser el resultado de un concienzudo estudio, de la debida planeación y debe estar acompañada de la correspondiente previsión presupuestal.

Este principio comporta, entonces, la elaboración, previamente al inicio de un procedimiento de selección, de estudios que persigan determinar, entre otras cosas:

- (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;
- (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado

necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;

(iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;

(v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;

(vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;

(vii) **los procedimientos, trámites y requisitos** que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (Consejo de Estado, 2007)

Fueron éstas las **causas del daño**, la raíz determinante del mismo, fue su propia participación de LICETH CAICEDO BALANTA, la causa adecuada en la producción del daño por lo que debe quedar eximida la Fiscalía de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar. No se configura la Presunta privación injusta de la libertad, o la falla del servicio planteada por el libelista, sino que por el contrario lo que se logra aquí demostrar fue LA CULPA DE LA VICTIMA, por una participación de ésta en los hechos productores del resultado.

13.- GENÉRICA(S): Se solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos fácticos o jurídicos se determinen en el proceso.

G. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO COMPLEMENTARIAS A LAS EXCEPCIONES

Conforme a lo manifestado Señoría, mi prohijada realizó sus tareas constitucionales y legales, y fueron los elementos materiales probatorios y evidencia física que conllevaron a ver que existía la responsabilidad de la señora **LICETH CAICEDO BALANTA** por los delitos de: Prevaricato por omisión, peculado por apropiación y celebración indebida de contratos.

Pensar que cada vez que en un proceso penal se absuelva o se precluye se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores.

En este sentido el Honorable Consejo de Estado mediante la providencia de fecha 10 de agosto de 2015 manifestó:

"Finalmente, si frente a las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria de la decisión de preclusión de la investigación, la medida de aseguramiento fue proporcional en estricto sentido como quiera que no tiene la entidad para anular por sí misma la presunción de inocencia ni la libertad de locomoción reconocidas en la Constitución y en los diferentes instrumentos internacionales ya reseñados, pues además de que se trata de derechos que no tienen un carácter absoluto, su restricción atiende el imperativo deseo de conservar las condiciones para garantizar la efectividad del proceso penal, adoptando medidas de reacción rápidas y urgentes, para precaver que los responsables de comportamientos desviados no cumplan la sanción" .

Cuando se trata de ilícitos como el relacionado con el procesamiento de sustancias estupefacientes, la medida de aseguramiento dictada en el proceso objeto de consideración cumplió con la proporcionalidad en sentido estricto al limitar el derecho a la libertad personal con base en el principio de seguridad ciudadana que para los delitos de este tipo procuran su persecución y prevención, tanto para asegurar la comparecencia, como para permitir que el valor convencional y constitucional de la justicia operara. Dicha proporcionalidad encuentra sustento, también, al aplicar el sub-principio de razonabilidad, ya que tratándose de la investigación penal de un ilícito penal complejo, como el procesamiento de sustancias estupefacientes, se revela en la propia decisión de la Fiscalía que revocó la Resolución de Acusación que le llevó a conclusiones sujetas a deficiencias en el recaudo y valoración probatoria, concluyendo a partir de suposiciones y no de certezas jurídico probatorias en aspectos relacionados con la participación de RODRIGUEZ CHARRY, lo que no pone en cuestión que la decisión de haberle impuesto la medida de aseguramiento se correspondió con un ejercicio de justicia material, en el marco de su aplicación excepcional, y sin que se entendiera con un carácter sancionatorio o de condena.

En conclusión, para la Sala, pese a que el daño antijurídico se estableció, se demostró que no es imputable a la entidad demandada¹⁵”.

La investigación penal que se adelanta a fin de esclarecer en forma fehaciente tanto la comisión de un hecho punible como la responsabilidad del sindicado, no necesariamente e inexorablemente tiene que culminar con la demostración de la culpabilidad de este, pues la Fiscalía en la búsqueda de la verdad puede encontrarse frente a varias eventualidades que tienen que ver con el acervo probatorio que se haya incorporado a dicha investigación y su posterior valoración.

Es así como, una persona que inicialmente no fue vinculada a la investigación puede aparecer posteriormente vinculada y viceversa, quien inicialmente fue vinculado como presunto infractor de la ley penal, puede con posterioridad resultar absuelto dependiendo de si en uno u otro caso aparecen pruebas que comprometan seriamente la responsabilidad penal o que la desvirtúen.

A su vez, se precisa como el sindicado debe asumir la carga de la investigación, la cual incluye desde el llamamiento al proceso en forma libre y voluntaria hasta la imposición de una medida preventiva de detención, cuando con su actuación haya dado lugar a establecer una relación con el hecho delictuoso, siendo en consecuencia la medida de aseguramiento un acto legal de la administración de justicia.

H. ACLARACIÓN FRENTE A LA ESTIPULACIÓN DEL PARÁGRAFO 1° DEL ART.175 DEL C.P.A.C.A

En relación con la advertencia y/o exigibilidad que se imparte en el párrafo primero del artículo 175 del CPACA, aclaro que como quiera que se trata de un proceso penal que era de conocimiento de la Rama Judicial en JUICIO, el expediente procesal penal no se encuentran en poder de la Fiscalía General de la Nación, sino de la Rama Judicial.

I. PETICIÓN

Sean las anteriores, razones suficientes por las que respetuosamente me permito solicitar se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda contra mi representada.

¹⁵ Sentencia N° 54001 23 31 000 2000 01834 01(30134), Sección Tercera, de 10 de Agosto de 2015, C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En conclusión, no configurándose ningún daño antijurídico ni privación injusta de la libertad, ni falla del servicio de la Fiscalía General de la Nación, ruego al despacho proferir sentencia que absuelva de todo tipo de responsabilidad a mi representada.

J. ANEXOS

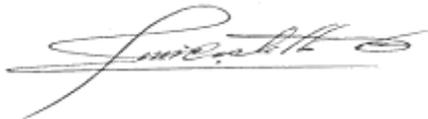
Acompaño al presente memorial los siguientes:

1. Poder debidamente conferido al suscrito
2. Copia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de quien otorga poder

K. NOTIFICACIONES PERSONALES Y COMUNICACIONES PROCESALES

Mi representada y al suscrito profesional en: Calle 3 No.2-76, Popayán, Dirección de Asuntos Jurídicos Cauca de la Fiscalía General de la Nación. Igualmente a través de los correos: para notificaciones judiciales: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; elier.castillo@fiscalia.gov.co

De la Honorable Juez,



ELIER ERNEY CASTILLO CÁRDENAS

C.C. 10.480 expedida en Santander de Quilichao Cauca
T. P. 140.187 del Consejo Superior de la Judicatura



Doctora

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ

Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayan
Ciudad

Referencia: Proceso: **19001 3333 006 2021 00057 00**
Proceso: REPARACIÓN DIRECTA
Actor: **LIZETH CAICEDO BALANTAY OTROS**
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

PAOLA ANDREA CHÁVEZ IBARRA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.061.690.292 expedida en Popayán, Cauca y Tarjeta Profesional de Abogada No. 223.406 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán; dentro del proceso citado en la referencia, en virtud del poder conferido por el Doctor **FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía número 6.888.007 expedida en Montería (Córdoba), en condición de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Popayán, Cauca, cargo para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 6905 del 27 de diciembre de 2019, emanada de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y posesionado el 03 de febrero de 2020, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 7 del artículo 103 de la Ley 270 de 1.996,, respetuosamente me permito dentro del proceso citado en la referencia y dentro del término legal, **contestar la demanda** en los siguientes términos:

A LA PETICIÓN

Me opongo a la solicitud de que sea mi representada la que responda en el sub judice por los daños y perjuicios deprecados por la parte actora, dado que los hechos en que se fundan, no constituyen **PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD, ERROR JUDICIAL, NI DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** atribuible a la Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

En subsidio de la anterior petición, solicito respetuosamente disponer en sentencia de instancia, que no le asiste a mi mandante responsabilidad u obligación alguna de resarcir los supuestos perjuicios demandados y condenar en costas a la parte actora.

EN CUANTO A LOS HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LA DEMANDA

Frente a los hechos esgrimidos en el escrito inaugural no me constan, me atengo a los que resulten probados dentro del proceso y que tengan relación con las pretensiones de la demanda, sin perjuicio de que sean relevantes en el juicio.

RAZONES DE LA DEFENSA

la pretensión elevada por la parte demandante se encuentra encaminada a que se declare que la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** es administrativamente responsable por los presuntos daños y perjuicios que reclama, alegando como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial una “*privación injusta de la libertad*” respecto a la señora **LIZETH CAICEDO BALANTA**, con ocasión de su vinculación al proceso penal en donde



fue imputado y acusada por los punibles de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS Y PREVARICATO POR OMISIÓN.

Por ello, se considera pertinente, citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto al mismo han hecho tanto el Honorable Consejo de Estado, como la Honorable Corte Constitucional, y con base en ello examinar si la entidad a la cual represento debe responder por los hechos descritos en la demanda.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas. Se trata de una cláusula general de responsabilidad estatal, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

1. Existencia de un daño antijurídico.
2. Que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

La noción de daño antijurídico fue definida por el Consejo de Estado, como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.

Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996-reguló la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:

- Error jurisdiccional (Art. 67)
- **Privación injusta de la libertad** (Art. 68).
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (Art. 69)

Debe señalarse que el proceso penal que dio origen al medio de control que hoy nos convoca se desarrolló con arreglo a las previsiones del procedimiento previsto por la Ley 906 de 2004, es decir, bajo el sistema penal oral acusatorio, según el cual, entrándose del Juez con funciones de Control de Garantías, entre otras, se le asigna la tarea de velar que sean respetados los derechos constitucionales del imputado, de suerte que, para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva, **solicitada previamente por la Fiscalía General de la Nación**, debe verificarse que la medida procure el cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 y además cumpla con los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal para imponer la restricción de la libertad. Al respecto refiere la citada normativa:

*“El Juez de control de garantías, **a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado**, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, **se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**”.*



Así, el análisis que realizó el Juzgado con Funciones de Control de Garantías, que conoció de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento elevada por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en contra de la hoy demandante, se circunscribió a verificar la razonabilidad¹, proporcionalidad², ponderación³ y el cumplimiento de los fines legales y constitucionales de dicha medida, **a lo cual se restringe su papel en esa instancia preliminar del proceso penal**, criterios que halló satisfechos en el caso que se analiza, pues dicha la misma se mostraba fundada habida cuenta del allanamiento realizado y los elementos encontrados en dicha diligencia.

Luego, al tratarse del delito referido de Contrato sin cumplimiento de requisitos y Prevaricato por omisión, atentaba **de manera grave** contra un bien jurídico de especial protección en la Ley 906 de 2004, que señala como procedente la medida de aseguramiento, una vez verificados los requisitos constitucionales y legales para su imposición, razón que justificó la injerencia en el derecho fundamental del actor, habida cuenta de los motivos fundados conseguidos objetivamente por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en los primeros actos urgentes de la investigación** y presentados ante el Juez de Control de Garantías y como lo prevé el marco jurídico aplicable.

Así, de los hechos relatados en el correspondiente acápite es relevante señalar que nos encontrábamos frente a una vulneración reiterativa y la existencia de un concurso homogéneo, lo que confluía en una modalidad de conducta y cuya gravedad si determinaba la imposición de una medida restrictiva de libertad.

Es por lo anterior, que el Juzgado a quien le correspondió el control el desarrollo de las audiencias preliminares y decidido la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, **(reitérese fase preliminar)**, en cumplimiento del marco constitucional y legal aplicable, estimó que estaban satisfechos los requisitos objetivos contenidos en el artículo 313, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal vigente; además de los fines constitucionales de la medida, con los elementos en aquel momento presentados por parte del Ente Acusador, se arribó a una **inferencia razonable de posible participación del imputado en el delito investigado**, dada la situación fáctica denunciada, la naturaleza del punible investigado, **su captura**, la modalidad y gravedad del mismo, criterios por los cuales se estimaron cumplidas las exigencias necesarias para imponer en aquella **fase preliminar** la medida de aseguramiento privativa de la libertad solicitada por el Ente Acusador, a raíz de la diligencia de allanamiento surtida..

Se insiste, en aquella fase preliminar del proceso penal, de acuerdo con el marco normativo aplicable, **fueron suficientes los elementos materiales de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida** por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para sustentar la inferencia razonable de posible participación del hoy actor en el delito investigado, a la cual arribó el Juzgado con Funciones de Control de

¹ Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios del poder que no tengan ninguna motivación y que no tengan en consideración a los individuos afectados el mismo. En este sentido un acto del Estado será irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente razonable. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 69- Universidad Externado de Colombia].

² El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los sub principios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 67- Universidad Externado de Colombia].

³ La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 97.-Universidad Externado de Colombia].



Garantías, que conoció de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento elevada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en contra del hoy actor, se circunscribió a verificar la razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y el cumplimiento de los fines legales y constitucionales de dicha medida

Recuérdese que, de acuerdo con el procedimiento penal oral acusatorio, las funciones de los Jueces están claramente delimitadas, entre la función de Control de Garantías y la función de Conocimiento, esta última encargada de la determinación de la responsabilidad penal de los imputados y posteriormente acusados, con base en el standard probatorio requerido en la etapa de juicio oral, **valga decir, muy distinto y más riguroso que el requerido para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en un estadio procesal preliminar.**

Sobre el papel del Juez de Control de Garantías ha expresado la Corte Constitucional:

*“Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías⁴. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. **De tal suerte que el Juez de Control de Garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales (...).**”⁵*

Así, en audiencia pública, procedió el Juzgado con Funciones de Control de Garantías, por solicitud de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a imponer medida de aseguramiento en contra de la hoy demandante, conforme lo ordenado en los artículos 306, 308, y 313 del Código de Procedimiento Penal, que al respecto señalan:

“Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El Fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. (...)

Artículo 308. Requisitos. El Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, **se pueda inferir razonablemente** que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

⁴ Ver Sentencia C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁵ Ver Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis



2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”*

Artículo 313. *Procedencia de la detención preventiva. (Modificado por el art. 60, Ley 1453 de 2011) **Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:***

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. **En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.**
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
4. *Adicionado por el art. 26, Ley 1142 de 2007, así:*

Quando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.” (Negrillas y subrayas propias)

Se reitera que las decisiones que el Juez de Control de Garantías adopta en la **audiencia preliminar** de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, se fundamentan en la **inferencia razonable** que haga, según los elementos materiales probatorios que le son presentados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** como respaldo de su solicitud, para lo cual, en el caso concreto, se contó, como se ha descrito insistentemente, con elementos materiales probatorios, que para la fecha de la decisión **gozaban de la presunción de autenticidad y veracidad**, que además **justificaron en esa fase procesal preliminar**, la privación preventiva de la libertad de la hoy demandante, al amparo del marco normativo aplicable.

Así, como se ha dicho, en la etapa preliminar de la actuación penal, el Juez de Control de Garantías, **no estudia, ni emite pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad penal del imputado**. Luego, una eventual y posterior sentencia condenatoria precisa de un acervo probatorio más robusto, debidamente debatido en la etapa de juicio oral, con el cual, el Ente Acusador respalde y acredite su teoría del caso.

Frente al pronunciamiento que en sede de audiencia preliminar realiza el Juez de Control de Garantías, útil también resulta recordar que la Honorable Corte Constitucional señaló en la sentencia de constitucionalidad C-591 de 2005, que la facultad de los citados Jueces **no conlleva un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado, ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento**, situación que ruego a su honorable Despacho sea también ponderada al momento de valorar la actuación del funcionario jurisdiccional de Control de Garantías.

Amén de las consideraciones expuestas en párrafos precedentes, debe resaltarse que bajo el esquema diseñado por la Ley 906 de 2004, esto es, el sistema penal oral



acusatorio, las actuaciones tanto de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en su condición de titular del ejercicio de la acción penal y ente acusador, como de los **JUECES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, están estrecha e íntimamente relacionadas, de forma tal que **es la actuación de la primera, una condición necesaria y esencial para activar las actuaciones de los segundos, que en ningún caso actúan de manera oficiosa.**

De lo dicho puede afirmarse que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad de la hoy demandante, **fue en un todo legal y proporcional, consecuencia del agotamiento de los requisitos previstos en el marco normativo para su imposición**, procedimiento en el que se respetaron sus garantías fundamentales y en el que ejerció su derecho a la defensa técnica, como garantía del debido proceso, razones por las que no puede predicarse la existencia de una falla en el servicio, un error jurisdiccional, ni mucho menos una privación irregular de su libertad, y por lo mismo, el carácter de “*injusto*” que se requiere para que surja la responsabilidad administrativa bajo el alegado título de imputación, **no se estructura en el presente asunto**, por tanto, la restricción a la libertad de la demandante, si bien puede ser considerada como un daño, **el mismo no reviste la naturaleza de antijurídico.**

Reitérese que la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, **exige la demostración de que el daño, es decir, la privación de la libertad, es antijurídico** a la luz de los estándares constitucionales, legales o convencionales que permiten la restricción excepcional de la privación de la libertad, pues de no acreditarse dicho supuesto, **nos encontraríamos ante un daño jurídicamente permitido, respecto del cual no sería posible predicar antijuridicidad alguna**, según las exigencias del artículo 90 Constitucional y del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

La **Sentencia del** Honorable Consejo de Estado⁶, enseñó lo siguiente en punto del análisis de la antijuridicidad del daño:

“(...) aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, per se, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico. (...)”

*(...) En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, **en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo,***

⁶ Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, Radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Consejero Ponente Dr. **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.**



será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.
(Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En dicho sentido, pese a que se acuda a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, ha de recordarse que **no basta con probar solamente que haya habido una privación de la libertad, con una posterior decisión favorable al procesado**, pues reducir el análisis de la responsabilidad administrativa a dicha verificación podría abrir las puertas para que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y **considerase en forma subjetiva**, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado.

En efecto, no puede olvidarse, como lo ha indicado el Consejo de Estado, que incluso, cuando se acuda a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad **es deber del Juez examinar si en el caso concreto puede estar presente alguna de las causales eximentes de responsabilidad, al margen de que la misma haya sido o no alegada por la defensa de la entidad demandada**, así:⁷

*"(...) Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad - especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio in dubio pro reo-, **debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden -y deben- ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...)***

Dicho examen sobre la eventual configuración de los supuestos determinantes de la ocurrencia de una eximente de responsabilidad como el hecho de un tercero o la fuerza mayor, por lo demás, debe ser realizado por el Juez tanto a solicitud de parte como de manera oficiosa, no sólo en aplicación del principio iura novit curia, sino en consideración a que tanto el Decreto Ley 01 de 1984 –artículo 164– como la Ley 1437 de 2011 –artículo 187– obligan al Juez de lo Contencioso Administrativo a pronunciarse, en la sentencia definitiva, "sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada".

Adicionalmente, mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).



cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.

*Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que **si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales - independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada- obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones de la parte actora. (...)**” (Negrillas fuera de texto)*

Esta postura jurisprudencial, reiterada por el Consejo de Estado en varias oportunidades, y recogida en la reciente Sentencia que señala que la privación de la libertad de una persona que posteriormente es dejada en libertad, **no constituye daño antijurídico, si contra ella mediaron indicios de responsabilidad**, se indica en la Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, lo siguiente:

*“(...) Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, **para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal**, según los ya mencionados artículos 388 del Decreto 2700 de 1991, 356 de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308 del Código de Procedimiento Penal hoy vigente (...)*” (Negrillas fuera del texto)

Cabe resaltar que no se trata de cualquier clase de indicios, sino que éstos deben ser suficientes para llevar al Juez al convencimiento de que es procedente la privación de la libertad, siempre que en el caso concreto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para la adopción de la medida, **tal y como se observa aconteció en el asunto que dio origen al presente medio de control**, pues mediaron elementos de prueba que fueron presentados por el Ente Acusador en la fase preliminar, como sustento de la solicitud de la medida privativa de la libertad, que apuntaban a la **posible** participación de la demandante en los delitos imputados, razones que constituían para ese momento procesal indicios de posible participación de la hoy demandante en el punible investigado.

Elementos que además de los requisitos objetivos que se hallaron satisfechos por parte del Juez de Control de Garantías, permitieron arribar a la **inferencia razonable** sobre su posible participación en los delitos imputados, la cual estuvo con suficiencia soportada tanto desde lo probatorio, como desde lo normativo.



De lo dicho puede afirmarse que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad de la hoy demandante fue **en un todo legal y proporcional**, consecuencia de la **inferencia razonable** a la cual arribó el Juzgado con Función de Control de Garantías, en ejercicio de su deber funcional, de las competencias otorgadas y con fundamento en los elementos materiales probatorios presentados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, como respaldo de su solicitud, con lo que **la decisión adoptada en esa fase preliminar se reputa legítima y legal**, no siendo posible para aquel Juez de Control de Garantías prever en ese momento que **a posteriori**, ya en sede de Juicio Oral, el Ente Acusador no lograría, a través de los medios de convicción llevados ante el Juez de Conocimiento, probar con solvencia la responsabilidad penal del hoy demandante.

Debe insistirse en que los Jueces de Control de Garantías **no actúan de oficio**, en función de disponer *motu proprio* la imposición de una medida de aseguramiento, por el contrario, dicha decisión **siempre** estará fundada en la actuación de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que en dicho entendido **tendría que estar llamada a responder por eventuales daños antijurídicos que con sus acciones pueda causar a la indiciada o imputada dentro del proceso penal**, responsabilidad derivada, del artículo 90 de la Constitución Política, del cual no está excluida, por lo que las posibles consecuencias indemnizatorias también deben recaer en cabeza de la entidad que debiendo investigar correctamente, no lo hace.

Como se indicó en precedencia, pese a que eventualmente pueda considerar su honorable Despacho que en este caso resulta procedente la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, ruego también considerar en el juicio de ponderación que realice su judicatura, a efectos de determinar si tal régimen es aplicable en el caso de autos, el pronunciamiento que con motivo de la Sentencia de Unificación SU-072 de 2018 emitió la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, según el cual, la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (*objetivo o subjetivo*), dado que este obedece a las particularidades de cada caso.

En el referido pronunciamiento de unificación, la Sala Plena de la Corte Constitucional ratificó que **el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996 cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad, en atención a que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, han aceptado que el Juez Administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso**; luego, definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política.

Concluyó entonces el máximo Tribunal de lo Constitucional que determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución, el Estado debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, **sin que medie un análisis previo del Juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria**, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena *–con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996–* concretamente en la sentencia C-037 de 1996.



Igualmente, debe recordarse que el derecho a la libertad no es absoluto, las medidas a través de las cuales se puede restringir su ejercicio, son también de orden constitucional, de acuerdo con lo previsto por el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual, **las personas pueden ser detenidas o arrestadas como consecuencia de orden escrita de Juez competente, expedida con las formalidades legales y por motivo previamente señalado en la Ley**, así, las medidas de aseguramiento proferidas con observancia del marco normativo vigente **no pueden reputarse como constitutivas de daño antijurídico** conforme los lineamientos de la jurisprudencia, tanto Constitucional, como del Consejo de Estado.

Como lo reconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado, **la medida que restringe preventivamente de la libertad a una persona, no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la Ley (como la existencia de indicios en su contra)**, requisitos sin los cuales su imposición sí se tornaría injusta e, incluso, ilícita y daría lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado⁸.

En punto de las decisiones que, tanto en sede de Control de Garantías, como en sede de Conocimiento, adoptan los Jueces Penales de la República, sostuvo también la reciente Sentencia del 15 de agosto de 2018 lo siguiente:

*“(...) dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, **las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.***

*Por consiguiente, **puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de in dubio pro reo, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta.** Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.*

⁸ Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, Radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA



Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria. (...)" (Negrillas y subrayas propias)

En dicho orden de ideas, se insiste, una vez verificado que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy actor fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la **inferencia razonable** que hizo el Juzgado con Función de Control de Garantías, ejercicio de su deber funcional, de las competencias otorgadas y con sustento en los elementos materiales probatorios presentados en esa fase procesal por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, y expedido en cumplimiento del ordenamiento Constitucional y Legal aplicable, **se estima que la privación de su libertad fue legítima**, y por tanto **no constitutiva daño antijurídico** que deba ser indemnizado administrativamente.

PROPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Tal como se adujo a lo largo de este escrito, no es factible atribuir a la entidad que represento el hecho dañoso que se le pretende imputar, toda vez que el accionar judicial se sujetó a las normas de derecho y al principio de congruencia, como se expuso en líneas anteriores.

El proceso penal al que fue vinculada la señora LIZETH CAICEDO BALANTA, se desató conforme a las previsiones del nuevo procedimiento penal, según el cual, es la Fiscalía General de la Nación quien solicita la imposición de la medida de aseguramiento, y es éste quien lleva al convencimiento al Juez de que la medida se torna necesaria para garantizar los fines de la misma con base en las pruebas aportadas en su momento.

La Función del Juez con Función de Control de garantías es verificar la legalidad del procedimiento y la viabilidad jurídico de la medida de aseguramiento, sin que para el caso concreto pudiera aplicar una diferente a la detención preventiva dada la naturaleza del delito imputado y las pruebas aportadas por la Fiscalía General de la Nación, que en principio permitían inferir razonablemente la comisión del delito imputado por el demandante.

El análisis de las actuaciones desplegadas por la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Rama Judicial, llevan a concluir que la responsabilidad recae sobre la Fiscalía dado que es quien tiene el deber de recaudar el material probatorio que sustente sus solicitudes, siendo además quien hace una valoración de tales pruebas para fundamentar las peticiones que eleva ante el Juez con Función de Control de Garantías y que además sirven como fundamento de su teoría del caso ante el Juez de Conocimiento cuando formula la acusación y la omisión del ente investigador de corroborar la información obtenida en las entrevistas, da lugar a la aplicación de régimen de responsabilidad



subjetivo por falla en el servicio imputable exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se debe declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva en relación con la Nación –Rama Judicial, toda vez que el ente investigador presente unos elementos materiales probatorios en la audiencia preliminar, con el fin de avalar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento y en el trascurso del proceso penal, SOLICITA LA ABSOLUCION DE LA HOY DEMANDANTE, y tal como lo advierte el Juzgado de Conocimiento al indicar que la decisión de absolución obedeció a la solicitud realizada por la Fiscalía General de la Nación:

“El principio de congruencia, que se constituye como uno de los elementos del derecho fundamental al debido proceso, en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió o probó; asumir una posición contraria, en el sentido de responder a algo que no se pidió, debatió o probó, haría palpable una vía de hecho, la cual encontraría su génesis en la incongruencia, ya que la responsabilidad de JHON JAIRO OSORIO BRAVO, JOSE EVER CARABALI LUCUMI, LIZETH CAICEDO BALANTA y NELSON HERNAN VIDAL ERAZO, ni fue objeto de solicitud en los alegatos; entonces lo apropiado, es asumir una decisión de manera congruente con los hechos y las pretensiones efectuadas dentro del proceso, y no un pronunciamiento contrario a la solicitud cursada por el Fiscal Delegado.”

AUSENCIA DE CAUSA PETENDI

En razón de lo anteriormente expuesto, estima esta parte demandada que se estructura la citada excepción, en la medida en que el daño que se dice irrogado a la parte actora, **no reviste la condición de antijurídico**, pues se advierte que las decisiones adoptadas por los funcionarios Jurisdiccionales tanto en sede de Control de Garantías, como en sede de Conocimiento, fueron **apropiadas, razonables, proporcionales y en nada arbitrarias**, emitidas con las formalidades de Ley, por lo que, con fundamento en las razones expuestas en el contenido del presente documento, se considera que los Jueces de la República que intervinieron en el proceso penal seguido contra la demandante, actuaron conforme a Derecho, en estricta aplicación de las normas vigentes para la época, y sus decisiones fueron proferidas como consecuencia de un juicioso análisis fáctico, jurídico y probatorio, en aplicación del principio de la sana crítica y conforme a sus competencias legales y constitucionales; y en dicha medida, no están dados los presupuestos para tener por configurado el título de imputación alegado, esto es, que la privación de la libertad del hoy demandante, si bien pudo haber entrañado un daño, **este no se reputa como antijurídico**, y por ende, fuente de responsabilidad administrativa respecto de **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, lo cual deviene en la **ausencia de causa para demandar**.

AUSENCIA DE NEXO CAUSAL

En el presente asunto nos encontramos frente a la **AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO ALEGADO Y LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES DE LA REPÚBLICA**. Todas las actuaciones y decisiones de los Jueces que intervinieron en el proceso penal al cual resultó vinculada la señora LIZETH CAICEDO BALANTA se emitieron en cumplimiento de la ley y la Constitución Política, razón por la cual, no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por el demandante y la actuación de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.



Por tanto, no existe ni privación injusta de la libertad, ni error judicial, ni falla en el servicio atribuible a la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, toda vez que no se encuentra demostrado el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por esta entidad, por cuanto como quedó establecido, los jueces actuaron de conformidad con lo arrimado al proceso por el ente investigador. La falla de la administración de justicia para que pueda considerarse verdaderamente como causa de perjuicio y comprometa su responsabilidad no puede ser cualquier tipo de falla. Ella debe ser de tal entidad, que teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio la conducta de la administración pueda considerarse como anormalmente deficiente.

INEXISTENCIA DE PERJUICIOS

Como es obvio, si los hechos dañosos no son atribuibles a la conducta de los jueces, mal podría hablarse de error judicial imputable a la Entidad que represento, de donde se desprende por sustracción de materia, la inexistencia absoluta de perjuicios que la Rama Judicial deba indemnizar, por cuanto no hubo Privación Injusta de la Libertad atribuible a la entidad que represento.

MÍNIMA INTENSIDAD DEL DAÑO MORAL

Ahora bien, es menester resaltar que en el hipotético caso de determinar que mi defendida tiene algún tipo de responsabilidad, se hace necesario valorar la intensidad del daño moral. Sin aceptar la responsabilidad de la entidad que represento, se observa que en la sentencia de unificación jurisprudencial del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), dictada por la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), se establecieron unos topes indemnizatorios para los periodos de privación, los cuales no pueden incrementarse sin una justa causa. No obstante, en el presente evento, no se evidencia ninguna circunstancia que dé lugar incrementar los topes indemnizatorios dispuestos de manera jurisprudencial, motivo por el cual resulta procedente que, en el hipotético caso de llegar a reconocerse perjuicios morales para los actores, ello se haga de manera proporcional al tiempo efectivo de privación, teniendo como referencia los tiempos y montos establecidos en el precedente previamente reseñado.

EXCEPCIÓN INNOMINADA

Aquella que el fallador encuentre probada dentro del proceso.

PETICIONES

PRINCIPAL

Con todo respeto solicito se declaren probadas las excepciones propuestas.

SUBSIDIARIA

En forma respetuosa, solicito se nieguen las pretensiones presentadas en la demanda por las razones expuestas anteriormente, ya que la Entidad que represento, Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, no tiene responsabilidad alguna en los hechos que se debaten en el proceso de la referencia, por cuanto no hubo ni error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ley 1437 de 2011, art. 92 del C.P.C. y demás normas concordantes y pertinentes que sean aplicables; Ley 270 de 1.996; artículo 90 y 249 de la Constitución Política, y Ley 446 de 1.998.

PRUEBAS

Sírvase señora Juez, tener como pruebas las demás que su Honorable Despacho considere que cumplen los lineamientos del C.G.P. y del Consejo de Estado y que por su valor probatorio sirvan para demostrar lo alegado, de lo contrario solicito respetuosamente que no sean tenidas en cuenta.

ANEXOS

1. Poder para actuar, debidamente conferido por el Doctor FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Popayán, el cual ruego tener en cuenta a efecto de reconocer personería, en un (1) folio.
2. Resolución No. 6905 de 27 de diciembre de 2019, expedida por el señor Director Ejecutivo de Administración Judicial, por medio de la cual se nombra al doctor FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ, en el cargo de Director Ejecutivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, en un (1) folio.
3. Acta de posesión del Dr. FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ, como Director Ejecutivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, fechada 03 de febrero de 2020, en un (1) folio.

NOTIFICACIONES

Las personales las recibiré en la Calle 3 No. 3 - 31, Primer Piso, costado occidental Palacio Nacional "Francisco de Paula Santander" de la ciudad de Popayán, Tel. 8 20 86 22, lugar donde funciona la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, o en la secretaría del despacho.

La entidad que represento puede ser notificada en la siguiente dirección electrónica:

dsajppnnotif@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sírvase reconocerme personería jurídica para actuar, dentro del presente proceso, de conformidad con el poder conferido por el señor Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Popayán.

De la señora Juez, con todo respeto,

PAOLA ANDREA CHÁVEZ IBARRA
C.C. 1.061.690.292 de Popayán
T.P. 223.406 del C. S. J



Doctora

MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ

Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayan
Ciudad

Referencia: Proceso: **19001 3333 006 2021 00057 00**
Proceso: REPARACIÓN DIRECTA
Actor: **LIZETH CAICEDO BALANTAY OTROS**
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 6.888.007 expedida en Montería (Córdoba), en condición de Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Popayán, Cauca, cargo para el cual fui nombrado mediante Resolución No. 6905 del 27 de diciembre de 2019, emanada de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y posesionado el 03 de febrero de 2020, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 7 del artículo 103 de la Ley 270 de 1.996, confiero poder especial, amplio y suficiente a la abogada **PAOLA ANDREA CHÁVEZ IBARRA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.061.690.292 expedida en Popayán (Cauca) y con Tarjeta Profesional de Abogada No. 223.406 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en su calidad de Abogada de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Cauca, asuma la representación y defensa de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, en el asunto de la referencia.

Quien puede ser notificada en la dirección electrónica dsajppnnotif@cendoj.ramajudicial.gov.co, correo electrónico destinado por la entidad para las notificaciones judiciales.

La apoderada queda expresamente facultada para conciliar y realizar todas las actuaciones jurídicas inherentes a este mandato, en especial las establecidas en el artículo 70 de la Ley 446 de 1.998 y demás normas concordantes.

Sírvase reconocerle personería.

FABIÁN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ

C.C. 6.888.007 de Montería (Córdoba)

ACEPTO:
PAOLA ANDREA CHÁVEZ IBARRA
C.C. 1.061.690.292 de Popayán
T. P. 223.406 del C. S. J.



Folio 4/3520



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

RESOLUCIÓN N.º 6905 27 DIC. 2019

"Por medio de la cual se adelantan unos nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción"

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

En ejercicio de sus facultades legales estatutarias, especialmente las conferidas en el artículo 99 de la Ley 270 de 1996.

CONSIDERANDO:

Que el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA 18-11118 del 4 de octubre de 2018 dispuso realizar una convocatoria pública para la conformación de las ternas para los cargos de Director Seccional de Administración Judicial, de manera que se valoren las capacidades, las competencias y perfiles de los aspirantes y se fortalezca así el liderazgo de estos servidores públicos.

Que surtidas las fases de la citada convocatoria, el Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 270 de 1996, remitió el Acuerdo PCSJA19-11424 del 30 de octubre de 2019, mediante el cual se integran las ternas para el nombramiento de los Directores(as) Seccionales de Administración Judicial de Manizales, Montería, Neiva y Popayán.

Que revisadas dichas ternas, sus integrantes cumplen con los requisitos de educación y experiencia establecidos en la Ley 270 de 1996, para ocupar el cargo de Director Seccional de Administración Judicial.

Que por lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. - Nombrar de las ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, en el cargo de libre nombramiento y remoción de Director Seccional de Administración Judicial en las siguientes seccionales a:

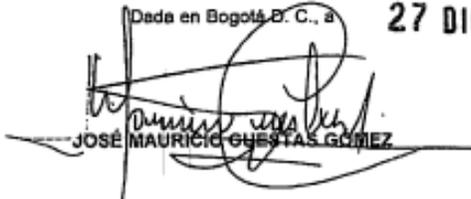
Seccional	Cédula	Nombres y Apellidos
Manizales	75.062.749	Marcelo Giraldo Álvarez
Montería	78.024.672	Alfonso Jairo de la Espriella Burgos
Neiva	36.177.953	Diana Isabel Bolívar Voloj
Popayán	6.888.007	Fabian Elias Paternina Martínez

ARTÍCULO SEGUNDO. - La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a

27 DIC. 2019


JOSE MAURICIO GUESTRAS GOMEZ

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





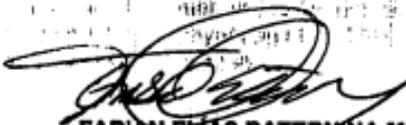
ACTA DE POSESIÓN

En la ciudad de Bogotá, D. C., a los 3 días del mes de febrero de 2020, se presentó ante el Director Ejecutivo de Administración Judicial, el doctor FABIAN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 6.888.007, con el fin de tomar posesión del cargo de Director Seccional de Administración Judicial de Popayán, en el cual fue nombrado y prestó el juramento ordenado por la Constitución y la Ley.

EL DIRECTOR EJECUTIVO


JOSE MAURICIO CUESTAS GÓMEZ

EL POSESIONADO


FABIAN ELÍAS PATERNINA MARTÍNEZ

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co

