

Honorable Juez
JUZGADO TREINTA Y OCHO (38)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
DRA. ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
E. S. D.

Ref.:

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Proceso No.: **11001333603820200005800**

Demandante: JORGE HERNAN MESA BOTERO

Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

JAVIER ENRIQUE LÓPEZ RIVERA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 93.405.405 de Ibagué Tolima, con Tarjeta Profesional número 119.868 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, 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*, en los términos del Artículo 175 del C.P.A.C.A., así:

A. OPORTUNIDAD

Presento la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, dentro del término establecido en la Ley 2080 de 2021, en concordancia con las disposiciones que para el efecto se establecen en la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

B. FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS

Sobre el Hecho Punto uno punto uno (1.1) la Fiscalía General de la Nación indica que efectivamente los hechos que antecedieron a la investigación penal que debió abrirse, obedeció a la al menos atípica estructuración que se dio, para gestionar la construcción de las viviendas de interés social, la cual implicó la cesión generalizada de todos quienes habían sido vinculados como beneficiarios a los subsidio de los programas de vivienda de interés social; situación que al menos para quien presentó la demanda no fue conocida desde el comienzo, al punto que la cesión masiva debió ser autorizada a la constructora, después de que los beneficiarios se vincularan al proyecto, sin que para ese momento, tampoco se conociera la constructora; para lo cual, como se lee de los propios hechos de la demanda, los beneficiarios debieron autorizar también la escogencia del constructor de la obra civil de la urbanización; así como el cambio de las condiciones del contrato inicialmente celebrado.

Sobre el punto uno punto dos (1.2) de los hechos de la demanda, debe indicarse que efectivamente la Fiscalía General de la Nación adelantó diligencias de investigación que

determinaron no solamente la apertura del proceso penal, también la vinculación del acá demandante. Sobre el aspecto según el cual, no se configuraba ningún tipo de duda que implicara la apertura de la investigación, como se indica en el hecho de la demanda que se contesta, debe indicarse que ello, obedece a una apreciación del demandante, que no se corresponde, ni con la apertura, ni con la indagatoria.

Sobre el hecho uno punto tres (1.3) de la demanda, debe indicarse que efectivamente dada la condición de Representante a la Cámara del acá demandante para la época, este gozaba de un fuero por virtud del cual, la Corte Suprema de Justicia avocó conocimiento y le impuso la correspondiente medida de aseguramiento en su contra el 5 de septiembre de 2012, luego de haberle impuesto la medida de aseguramiento.

Sobre el hecho uno punto cuatro (1.4) de la demanda, debe decirse que la Fiscalía General de la Nación, avoca conocimiento del proceso penal entonces iniciado por la Corte Suprema de Justicia, por virtud de un acto completamente voluntario del acá demandante, quien al renunciar al Congreso de la República, renunció a su fuero y por tal virtud la competencia retornó a este Ente investigador. Sobre la solicitud de libertad, se indica que los hechos advierte que fue el Juez Cuarto Penal del Circuito quien accedió a su solicitud de libertad, sustituyendo la detención preventiva por la reclusión en residencia y en definitiva, el 5 de septiembre de 2013, un año después de haberse materializado su privación, el acá demandante fue puesto en libertad.

Frente al hecho uno punto cinco (1.5) de los hechos de la demanda, se indica que efectivamente las decisiones adoptadas por el juzgado de primera instancia, así como por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales fueron de carácter absolutoria; pero se advirtieron situaciones que si bien no implicaron la responsabilidad penal, si configuraron flexibilidades en la implementación del negocio estructurado que de no haberse presentado, no se hubiese ejercido la acción penal, como por ejemplo el hecho de omitirse las modificaciones a los contratos de compraventa a FINDETER.

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, comoquiera 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 sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad de cual fue objeto el señor **JORGE HERNAN MESA BOTERO**, conforme a los hechos que se exponen en la demanda, sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial, ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo como EXCEPCIONES DE MÉRITO y FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO.

Adicionalmente, téngase en cuenta que en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues siendo una obligación del Estado, procurar la convivencia y coexistencia pacífica de sus asociados, una de las herramientas que tiene el Estado para asegurar esa coexistencia, es la posibilidad de investigar, conductas, asegurar a sus presuntos responsables, así como a los bienes que puedan estar asociados con las conductas investigadas, conforme a lo dispuesto en el Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, en el caso de que la que se investiga en ese momento, sea

considerada como delito, hasta tanto no exista certeza de su comisión, o de la inocencia de quien era imputado.

En todo caso, respecto de la cuantificación de los perjuicios morales, supuestamente ocasionados al demandante, la cantidad solicitada cien salarios mínimos legales mensuales vigentes -100 SMLMV - está fuera de la realidad, y supera el monto establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2013.

De igual forma, la cuantificación de los perjuicios materiales, tanto el daño emergente como el lucro cesante, además de caprichosa y exagerada, tampoco tiene ningún sustento probatorio idóneo en la demanda, en tanto la misma no procede por tratarse de una situación atípica, si se tiene en cuenta que para los efectos de la defensa judicial, las entidades públicas suelen tomar una póliza de seguros que normalmente tiene cobertura en el aseguramiento de contingencias judiciales en contra de quienes han sido como en este caso el demandante, sus representantes legales.

De otra parte, respecto del lucro cesante, mal podría en el presente caso accederse al reconocimiento de las sumas que se contienen por este rubro en la demanda, dado que la adición en el tiempo, finalmente obedeció a una situación estricta de la voluntad del demandante, que con independencia de los motivos que no están probados en el proceso, bien pudo no hacerlo y mantener su condición de congresista y aforado sin la necesidad de alterar el normal desarrollo del proceso que ya adelantaba la Corte Suprema de Justicia.

D. EXCEPCIONES DE MÉRITO

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado mediante Sentencia del 19 de marzo de 2020 dentro del proceso determinado con el NI 48.776 con ponencia de la H. Magistrada MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO indicó acerca de la falta de legitimación en la causa por pasiva, textualmente lo siguiente:

"La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación".

Tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la de carácter material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio

probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial”.

En el presente caso, por virtud de la condición de aforado que tenía el acá demandante para el día 5 de septiembre de 2012, como bien se indica en la demanda, fue la Honorable Corte Suprema de Justicia y no la Fiscalía General de la Nación la que impuso la medida de aseguramiento.

En tal sentido, aún bajo el régimen procesal de la Ley 600 de 2000 por el cual se adelantaba el respectivo proceso penal y como bien se advierte de los hechos de la demanda, fue el juez penal del circuito y no la Fiscalía General de la Nación a quien debió dirigirse el demandante, pues era este quien al tener las facultades jurídicas de conformidad con el Numeral 4º del Artículo 77 de esa normatividad procesal, tenía las facultades y competencias para disponer o no de la libertad del acá demandante.

Bajo ese orden de ideas, al no haber sido la Entidad que el suscrito representa la que impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del acá demandante, como tampoco la que podía disponer de su libertad, pese a que el proceso retorno para la etapa de la investigación a esta, ante la pérdida de su fuero; resulta claro que frente al título de imputación jurídica por el cual se demanda la reparación directa: privación de la libertad, no esta la Entidad llamada a responder patrimonial, ni administrativamente.

En el presente caso y a diferencia de lo que ocurre bajo la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación ni si quiera solicitó la medida, si no que fue la Corte Suprema de Justicia la que la impuso y posteriormente se insiste, fue el Juez Cuarto (4º) Penal del Circuito Judicial de Manizales quien bajo su jurisdicción y competencia, valoró la solicitud de libertad presentada y finalmente la profirió.

2. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL Y AUSENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO:

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.

En primera instancia, en el caso que nos ocupa, se debe indicar que el inicio de la investigación que en un momento fuera proferido y que por virtud de la competencia sobreviniente en cabeza de la Honorable Corte Suprema de Justicia, así como las actuaciones que se desarrollaron luego de reasumir la competencia en la etapa de la investigación penal seguida en contra del señor JORGE HERNAN MESA BOTERO, corresponden al despliegue de los roles que se esperan de la Fiscalía General de la Nación, los cuales se adoptan en el marco de las funciones y potestades jurídicas.

En este caso, la demanda hace hincapié a la prueba pericial que se aportó por el demandante dentro del proceso, el cual fue un elemento que incidió para las decisiones que posteriormente fueran adoptadas en la etapa de juzgamiento, pero en un comienzo

de la investigación, no se contaba con este elemento, lo cual da cuenta de la necesidad de la apertura del proceso, a efectos de aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los cuales se desarrollaron los hechos de la demanda, que cuando menos, además de complejos eran atípicos en el desarrollo de la estructuración de negocios y ante la presentación inicial de una denuncia, impusieron a la Entidad que el suscrito representa, el imperativo de abrir la investigación, vincular mediante indagatoria y posteriormente dar calificación al mérito del sumario.

De esta forma, no puede colegirse la estructuración de un daño antijurídico, cuando en últimas las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, además de no determinar la privación de la libertad del acá demandante, se circunscribieron al normal curso de lo que se decanta en un proceso penal, por lo cual no se puede predicar en el presente caso que haya prueba de daño alguno y mucho menos de su carácter supuestamente antijurídico. Pues el asumir la carga de la investigación en un proceso penal, conforme al deber de colaboración que tienen los ciudadanos, se enmarca dentro del equilibrio de las cargas públicas.

3. 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.

4. GENÉRICA:

Se solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos fácticos o jurídicos se determinen en el proceso.

E. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

Como es bien sabido, el artículo 90 de la Carta Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, en ella se señala expresamente que son los denominados ANTIJURIDICOS, agregando además "que le sean imputables", causados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas. Así, la responsabilidad estatal está construida a partir de la existencia de un daño antijurídico y la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y que excede las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad.

En el caso concreto, ninguno de los elementos de la responsabilidad está configurado, como pasa a explicarse:

1. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

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 **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE 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.

Es menester poner de presente que la Corte Constitucional al estudiar la privación injusta de la libertad, como fuente de responsabilidad del Estado, al hacer la revisión constitucional, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, Página 10 de 11 Rad. 2014-00205-00 JL 24437, condicionó su constitucionalidad en los siguientes términos, ocupándose de determinar el sentido en que debe ser interpretada la "injusticia":

"... conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención." (Resaltado fuera de texto).

Y respecto del artículo 66, sobre error Jurisdiccional manifestó:

"... Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio."

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado debemos manifestar que la privación injusta de la libertad es una de las tantas eventualidades de la falla del servicio y es en torno a esta teoría que debe apreciarse el concepto de injusticia. No siempre que una persona haya sido privada de la libertad, como consecuencia de una orden de captura, una medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria y posteriormente la recupere, se configura automáticamente la falla del servicio como fuente de responsabilidad administrativa.

De las providencias penales, se puede observar claramente que la pérdida de la libertad del demandante al capturarlo, en principio se ajustó al marco legal en tanto se dice en la demanda que el periodo de captura no superó las treinta y seis horas, pero tampoco existe claridad de las razones que debieron tener quienes cumplieron funciones de policía judicial para mantenerlo durante el tiempo en el cual se hizo efectiva la mencionada captura.

2. AUSENCIA DE CAUSALIDAD ENTRE SUPUESTA FALLA DEL SERVICIO Y PERJUICIOS.

Como es bien sabido, para que se configure responsabilidad patrimonial de las entidades del Estado por sus acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio -entendiéndose este título de imputación como una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio, no personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración-, es necesario identificar o determinar claramente las obligaciones que desde el punto de vista legal, están llamadas a cumplir, constituyendo este aspecto la piedra angular para poder establecer si frente a un caso concreto una entidad tiene el deber jurídico de asumir patrimonialmente, las consecuencias de su actividad judicial, reguladas y permitidas por el ordenamiento jurídico.

Al analizarse el caso específico a la luz de los principios y criterios que informan la falla del servicio, se tiene que ésta no se presentó pues todo el proceso penal adelantado en su contra se ciñó a la ritualidad establecida en la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, con fundamento en la denuncia, declaraciones, experticias, entre otros, por lo que la actuación de mi representada la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** no fue contraria a Derecho.

Es necesario recordar que la jurisprudencia ha señalado que para que exista indemnización de perjuicios la falla ha de ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo cual fue manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

"...Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el estado con su obligación..."

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. 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".

En punto de los requisitos necesarios para que se presente la Falla, el Consejo de Estado ha dicho:

"...Cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada "falta o falla del servicio", o mejor aún falta o falla de la administración, tratándose de simples actuaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, la falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo etc, con las características generales predicadas en el derecho privado para que el daño sea indemnizable como que sea cierto, determinado o determinable, etc ;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización.¹

En el presente caso, si bien es cierto que se adelantó un proceso penal al cual se vinculó al acá demandante mediante indagatoria, pese a su condición de congresista, como los mismos hechos de la demanda lo indican; esta situación fue saneada mediante la competencia que para el efecto asumió la Corte Suprema de Justicia y el decreto de nulidad de lo actuado por la Entidad que el suscrito representa. Se resalta que hasta el momento en el cual la Fiscalía abrió la correspondiente investigación penal, en contra del acá demandante esta no había decidido su situación jurídica dentro del proceso penal, por lo cual, no se había decretado medida de aseguramiento alguna.

De la misma forma, se reitera que cuando el acá demandante decida libre y espontáneamente renunciar a su condición de Representante a la Cámara y por tal virtud, la Fiscalía asume nuevamente la competencia dentro de la etapa de investigación, quien debió decidir sobre la solicitud de libertad que elevó la defensa del aquí demandante, fue un juez de control de legalidad en el marco de lo establecido en el numeral 4º del Artículo 77 de la Ley 600 de 2000 y no la Fiscalía General de la Nación, pues esta no tenía las facultades para revocar la privación de la libertad que en su momento decretara la Corte Suprema de Justicia en contra del acá demandante.

En ese sentido, se advierte con claridad que al no haber relación causal entre las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y el hecho específico de la privación de la libertad del acá demandante, mal podría atribuirse una imputación fáctica sobre la misma a la Fiscalía General de la Nación.

F. PRUEBAS

1.- Respetuosamente se solicita que se decrete la declaración de parte del demandante, señor JORGE HERNAN MESA BOTERO, a efectos de que absuelva preguntas que se relacionan sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se desarrolló el proceso por virtud del cual este fue privado de su libertad, así como de situaciones

¹ Bogotá D.E., 28 DE OCTUBRE DE 1976 Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Consejero Ponente : Dr. Jorge Valencia Arango. Ref . Exp 1482.

personales y familiares que se relacionan con los hechos que enuncian la derivación de los supuestos perjuicios a partir de la privación de su libertad.

2.- Se solicita se oficie a la Caja de Vivienda Popular de Manizales, mediante envío de correo electrónico a la dirección cvp@une.net.co a efectos de que informe al despacho y con destino a este proceso, si para los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 esa entidad contaba o no con una póliza de seguros que cubriera los riesgos judiciales de los servidores públicos de nivel directivo, y en caso de ser así, que se indique si el acá demandante usó o no esa póliza de seguros para enfrentar la contingencia judicial del proceso penal por el cual, presenta ahora la demanda de reparación directa del proceso de la referencia.

Esta prueba se solicita a efectos de determinar la posibilidad que el demandante tuvo de hacer uso de esta póliza, en vez de sufragar dineros de su peculio, de los cuales ahora espera un reconocimiento a título de daño emergente.

G. ANEXOS

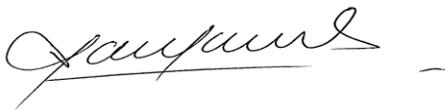
Acompaño al presente memorial los siguientes:

- Poder para actuar.
- Los documentos que acreditan las calidades y facultades de quien confiere poder al suscrito para actuar dentro de este proceso.

H. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Edificio Nuevo Piso 1, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho. Correos para notificaciones judiciales: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; o al correo electrónico institucional de la suscrita: javier.lopezr@fiscalia.gov.co.

Del Honorable Juez,



JAVIER ENRIQUE LOPEZ RIVERA
C.C. 93.405.405 de Ibagué Tolima
T.P. 119.868 del C.S. de la J.