



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA**

Bogotá D.C., tres (03) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 110013337042 2017 00277 00
Demandante: JOSÉ VICENTE ORDUZ PINEDA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante:

- José Vicente Orduz Pineda, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.056.581.
- Andrés José Orduz Morales, menor de edad identificado con Registro Civil No. 1.013.128.975.
- María Eudora Pineda Camargo, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.332.581.
- Israel Orduz Merchán, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.068.730.
- Ana Elvia Orduz Pineda, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.362.379.

- Fabio Nelson Orduz Pineda, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.124.354

Demandada:

- Nación –Rama Judicial.
- Nación –Fiscalía General de la Nación.

OBJETO

Declaraciones

Se declare la privación injusta de la libertad en establecimiento carcelario causada por la orden emitida por la Fiscalía General de la Nación, Seccional 01 de Descongestión, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 13 de mayo de 2014 hasta el 14 de diciembre de 2015.

Se declare a la Nación – Rama Judicial –Fiscalía General de la Nación, solidaria, administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios causados al señor José Vicente Orduz Pineda y su núcleo familiar.

Condenas

Condenar a la Nación – Rama Judicial –Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de perjuicios materiales:

A título de daño emergente la suma de ocho millones de pesos (\$ 8.000.000) m/cte., por concepto de honorarios del apoderado en el curso del derecho penal del cual fue objeto. Suma de dinero que, considera, debe indexarse a tiempo actual.

A título de lucro cesante la suma de cuarenta y cuatro millones seiscientos cincuenta mil pesos (\$ 44.650.000), por las sumas de dinero que dejó de percibir durante el tiempo que fue privado de la libertad de manera “injustificada”.

Por concepto de perjuicios morales:

Se pague a título de daño moral la suma de 100 SMLMV a cada uno de los demandantes.

Se paguen los intereses causados con fundamento en el artículo 1653 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

El apoderado de la parte demandante refiere lo siguiente:

- a) Que al tiempo de la privación injusta de la libertad, el señor José Vicente Orduz Pineda se desempeñó como jefe de logística y transporte en la empresa Faramaomica S.A., con una asignación mensual de dos millones trescientos cincuenta mil pesos (\$2.350.000).
- b) Que el 13 de mayo de 2014 el señor José Vicente Orduz Pineda es detenido y llevado a un centro de reclusión.
- c) Que en la misma fecha se inició investigación penal por el presunto punible de homicidio doloso agravado en la modalidad de tentativa, permaneciendo en detención preventiva en el centro carcelario del Municipio de Villeta Cundinamarca y posteriormente, en su sitio de domicilio.
- d) Que el periodo de detención comprendió entre el 13 de mayo de 2014 hasta el 14 de diciembre de 2015.
- e) Que en distintas oportunidades el demandante solicitó al juzgado penal del Circuito de Villeta detención preventiva en su lugar de residencia.
- f) Que el proceso penal fue llevado hasta etapa de juicio, a pesar de que el señor Jesús David Pineda Camargo –quien fuere la víctima dentro del proceso penal-, manifestó al juzgado la inocencia del investigado.
- g) Que concluido el juicio penal, el Juzgado Penal del Circuito de Villeta Cundinamarca, absolvió al señor José Vicente Orduz Pineda.
- h) Que la medida restrictiva de la libertad fue apresurada, arbitraria e innecesaria, pues no se cumplían ni los requisitos legales de tipicidad para

decretarla, en la medida que la noticia criminal no iba dirigida contra el señor José Vicente Orduz Pineda.

Fundamentos jurídicos:

- .- Constitución Política: artículos 6, 11 a 13, 15, 29, 42, 83, 88, 90, 216, 221 y 223.
- .- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- .- Ley 48 de 1993.
- .- Ley 446 de 1998: artículo 16.
- .- Ley 270 de 1993: artículo 73.

Sostiene que hubo privación injusta de la libertad por llevar hasta etapa de juicio el proceso de investigación penal adelantado en contra del demandante por los hechos ocurridos el 20 de noviembre de 2006, donde resultó herido el señor Jesús David Pineda Camargo, con incapacidad por 35 días.

Afirma que la detención se dio por confusión de los funcionarios que adelantaron la investigación, pues el señor José Vicente Orduz Pineda se movilizaba en el vehículo Mazda 323 de placas PEN 637 color gris para denunciar los hechos en el peaje "El Corso" del municipio de Madrid Cundinamarca, donde fue detenido. Sin embargo, el señor Jesús David Pineda fue atacado por varios individuos que se desplazaban en un automóvil marca Mazda 626 color rojo de placas EYB547, vehículo en el que se transportaban los señores Luis Julián Aguilar, German Restrepo Toro y Carlos Octavio Álvarez.

No obstante lo anterior, el 13 de mayo de 2017 se materializó la captura del señor José Vicente Orduz Pineda, contra quien se libró orden de captura y fue privado de la libertad, permaneciendo en la cárcel del municipio de Villeta Cundinamarca hasta el 16 de diciembre de 2017, por el cargo de homicidio doloso agravado en la modalidad de tentativa.

1.1.2. OPOSICIÓN

Rama Judicial (ff. 85 a 91)

El apoderado de la entidad se opone a todas y cada una de las pretensiones por considerar que no existe razones de hecho o derecho sobre las cuales el estado deba resarcir el daño.

Expone que la responsabilidad de la privación injusta de la libertad ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte del Consejo de Estado, entre las cuales destaca la sentencia de unificación de fecha 17 de octubre de 2017, Exp. 23354, en la que se estableció la responsabilidad objetiva en la que se debe responder en los casos en los que el demandante haya resultado exonerado en virtud de una sentencia absolutoria o su equivalente, bien porque no cometió el hecho, no existió o no constituía delito.

Sin embargo, argumenta que la sentencia de unificación anteriormente citada no es aplicable en el asunto que se estudia en la medida que el proceso penal se adelantó en vigencia de la Ley 600 de 2000, constituyendo supuesto de hecho y de derecho distintos a la sentencia del Consejo de Estado.

Propone como excepciones “la falta de legitimación en la causa por pasiva”, “hecho de un tercero” e “innominada”.

Argumenta que no se vislumbra actuación alguna por parte de los Jueces de la República, por lo tanto la Rama Judicial no está obligada al resarcimiento de los perjuicios que pretende la parte demandante. Sostiene que fue la Fiscalía, quien en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, adelantó la etapa de investigación y profirió no solo medida de aseguramiento sino resolución de acusación contra el señor José Vicente Orduz Pineda, por la presunta comisión del delito de homicidio agravado en modalidad tentada.

Fiscalía General de la Nación (ff. 95 a 104)

La entidad, en escrito presentado extemporáneamente, indica que las pretensiones no están llamadas a prosperar como quiera que no se estructura responsabilidad patrimonial ni administrativa, en virtud de los siguientes argumentos:

En primer lugar, precisa la inexistencia de un daño antijurídico, pues la captura y medida de aseguramiento consiste en una detención preventiva que ha sido establecida como un mecanismo apropiado y justificado para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador, así, en virtud de la Ley 600 de 2000 el procesado podrá continuar privado de la libertad hasta que se resuelva su situación jurídica. Señala que el daño puede ser catalogado como

antijurídico pues el sindicado se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial por existir indicios graves de responsabilidad en su contra.

En segundo lugar, advierte la inexistencia de falla en el servicio, pues el proceso penal se adelantó en virtud de la Ley 600 de 2000 con fundamento en la denuncia, declaraciones y experticias, por lo cual la actuación no fue contraria a derecho.

Expone que la privación injusta de la libertad en una de las eventualidades de la falla en el servicio y es en torno de esa teoría que debe apreciarse el concepto de injusticia. En esta medida, afirma que la captura estuvo debidamente fundamentada y reunía el requisito exigido por la norma procedimental vigente para la época de los hechos.

Finalmente se refiere a los perjuicios reclamados, señalando que no se encuentran demostrados ni acreditados de manera ídica.

Propone como excepciones de mérito las siguientes: "cumplimiento de un deber legal", "inexistencia de la obligación o derecho reclamado", "falta de causa para pedir", "buena fe", "cobro de lo no debido" y "genérica".

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho establecer si la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación son administrativa y patrimonialmente responsables del daño causado a los demandantes debido a la privación de la libertad de que fue objeto el señor José Vicente Orduz Pineda, dentro del expediente adelantado por la Fiscalía por los hechos de los que fue absuelto mediante sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Villeta, para lo cual deberá estudiarse si:

(i)¿La medida de aseguramiento impuesta al señor José Vicente Orduz Pineda fue injustificada?, de ser así debe estudiarse si este solo aspecto es suficiente para declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

(ii)¿Hay lugar a declarar la responsabilidad de la Rama Judicial por la negativa del Juzgado Penal del Circuito de Villeta para otorgar detención domiciliaria?

Tesis de la parte demandante:

Sostiene que la medida de aseguramiento impuesta al demandante resultó innecesaria e injustificada, por cuanto no cometió el ilícito, situación que fue corroborada por la víctima en el proceso penal.

Tesis de la parte demandada:

La Rama Judicial sostiene que en virtud de la Ley 600 de 2000 es la Fiscalía quien tenía la potestad de imponer las medidas de aseguramiento, en esta medida carece de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación sostiene que su actuar fue conforme a derecho, de tal forma que, se dio cumplimiento a lo exigido por la Ley 600 de 2000 para imponer medida de aseguramiento, así pues, la privación de la libertad no fue injustificada.

Tesis del Despacho:

El despacho sostendrá que el demandante no estaba en la obligación de soportar el daño que padeció, daño que es imputable únicamente a la Fiscalía General de la Nación por ser la entidad que decretó la medida de aseguramiento, así pues, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial, por encontrarse acreditado que no tuvo injerencia en la causación del daño, máxime cuando lo que se pretende en la demanda es la reparación de la privación injusta de la libertad.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (ff.147 a 150) Reitera los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada

Rama Judicial (ff.151 a156) Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y hace referencia a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, sección tercera, sala plena, Exp. 46947 de fecha 15 de agosto de 2018.

Fiscalía General de la Nación guardó silencio.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

La **Fiscalía General de la Nación** propuso como excepciones el “incumplimiento de un deber legal”, “la inexistencia de la obligación o del derecho reclamado”, “falta de causa para pedir”, “buena fe” y “cobro de lo no debido”. No obstante, lo hizo en el escrito de contestación presentado de manera extemporánea el día veintitrés (23) de agosto de 2018, cuando ya había vencido el término de traslado, toda vez que, la notificación de las entidades demandadas se realizó el día veintinueve (29) de mayo de 2019, a través del buzón electrónico designado para el efecto (f.79-81), fecha a partir de la cual comenzaron a correr los veinticinco (25) días comunes hasta el día 06 de julio de 2018, fecha desde la cual comenzó a correr el término de traslado de treinta (30) días y el cual venció el 22 de agosto de 2018.

Lo anterior fue advertido por este Despacho en providencia del 18 de diciembre de 2018 (f.122), en la que resolvió exclusivamente tener por contestada la demanda presentada por parte de la Rama Judicial. Así las cosas, se tiene por no contestada la demanda por parte de la Fiscalía General de la Nación y no se realizará pronunciamiento de fondo respecto de las excepciones propuestas.

Por su parte, la **Rama Judicial** propuso como excepciones la “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “el hecho de un tercero”, argumentando respectivamente lo siguiente:

Señala que no existe legitimación en la causa por pasiva pues no se vislumbra actuación alguna por parte de los Jueces de la República, máxime cuando las decisiones que llevaron a la privación de la libertad fueron tomadas por la Fiscalía General de la Nación en vigencia del anterior sistema procesal penal previsto en la Ley 600 de 2000.

Bajo el entendido de que las facultades legales y constitucionales fueron otorgadas exclusivamente en favor de la Fiscalía General de la Nación para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva y librar la orden de captura del señor José Vicente Orduz Pineda, el presunto daño alegado resulta imputable al actuar del ente acusador, de allí que se presente la carencia absoluta de responsabilidad por parte de la Rama Judicial por ausencia del nexo causal por el hecho de un tercero.

Corresponde al despacho decidir acerca del caso objeto de estudio y determinar si en él se encuentra acreditado alguno de los anteriores supuestos propuestos como excepciones.

2.1.1. Legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial

En la audiencia inicial celebrada el once (11) de abril de 2019 (f.128), este Juzgado resolvió que en dicha diligencia no podía tomarse una decisión definitiva respecto de la legitimación en la causa por pasiva de la entidad por considerar que, en el caso concreto, es un análisis que solo puede realizarse al momento de proferir sentencia dada la necesidad de haber agotado con la etapa probatoria y contar con suficientes elementos de juicio que permitan estudiar la participación de la Rama Judicial respecto de los perjuicios alegados por el demandante.

Así pues, luego de haber realizado la valoración probatoria, el Despacho **declarará probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial**, respecto a la pretensión de indemnización por privación injusta de la libertad, por las razones que se exponen a continuación:

En primer lugar, del escrito de demanda se desprende que el medio de control se presentó con el fin de obtener la reparación de los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad del señor José Vicente Orduz Pineda, evento que surgió en virtud de la medida de aseguramiento impuesta dentro de la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación conforme a los postulados de la Ley 600 del 2000, que a la postre, tenía la facultad de decidir sobre la restricción de la libertad de una persona implicada en un proceso penal, sin que en la referida decisión tuviera injerencia la actuación del Juzgado Penal del Circuito de Villeta, en la medida que conforme al artículo 26 de la citada Ley, la acción penal se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces durante la etapa del juzgamiento.

De modo que, los juzgados adquieren competencia una vez inicia la etapa del juicio,¹ que consta de (i) la audiencia preparatoria, donde se resuelve sobre las nulidades y

¹ **Artículo 73 Ley 600 del 2000. "QUIÉNES EJERCEN FUNCIONES DE JUZGAMIENTO.** La administración de justicia en materia penal, durante la etapa del juicio, se ejerce de manera permanente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de decisión penales de los tribunales superiores de distrito, los jueces penales del circuito, los jueces penales municipales, los jueces de menores, los promiscuos y los de ejecución de penas y medidas de seguridad. También administra justicia el Senado de la República, en casos excepcionales"

En igual sentido, se dispuso en el **Artículo 400 Ley 600 del 2000. "APERTURA A JUICIO.** Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal.

pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir² y (ii) la audiencia pública, en la que se practican las pruebas decretadas, se escucha a las partes e intervinientes del proceso penal y se profiere sentencia.³

Ciertamente no podía el Juzgado Penal del Circuito de Villeta Cundinamarca decidir acerca de la imposición de medida de aseguramiento y tampoco, de manera anticipada, sobre la privación de libertad del sindicado, pues a pesar de que la regulación prevista dispuso la cesación del procedimiento en cualquier momento de la investigación,⁴ ello corresponde a una facultad de la Fiscalía General de la Nación cuando aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, eventos en los cuales el juez puede realizar la misma declaración pero únicamente durante la etapa del juicio.

En segundo lugar, aun cuando se admitiera el análisis de la responsabilidad del Estado por las actuaciones del Juzgado Penal del Circuito de Villeta, en virtud de la afirmación de la parte demandante acerca de la responsabilidad de la Rama Judicial por la negativa del Juzgado Penal del Circuito de Villeta de otorgar detención domiciliaria:

*"[E]l Juzgado Penal del Circuito de Villeta no accede a las varias solicitudes de sustituir la detención en sitio carcelario por la domiciliaria, a pesar de que la misma víctima ya le decía al despacho que su sobrino **JOSE VICENTE ORDUZ PINEDA** no participó en el atentado que casi le cuesta la vida y esperó hasta el final del juicio para absolver al encartado." (f.63).*

Lo cierto es que no obra prueba de que la negativa de otorgar detención domiciliaria adoptada el 02 de septiembre de 2014,⁵ haya causado un daño antijurídico que deba ser reparado, elemento indispensable para declarar responsabilidad a la administración, de acuerdo con los postulados del artículo 90 de la Constitución Política.

Al día siguiente de recibido el proceso por secretaría se pasarán las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de quince (15) días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes."

² Artículo 401 Ley 600 del 2000.

³ Libro III, título I de la Ley 600 del 2000.

⁴ Artículo 39 Ley 600 del 2000. Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.

El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.

⁵ F. 63C.2 proceso penal.

Por el contrario, se acreditó no solo que la solicitud se presentó con la finalidad de salvaguardar el interés superior del hijo menor del señor José Vicente Orduz Pineda *(limitándose a citar las normas internacionales, constitucionales y legales que regulan lo relativo a la protección de los niños, niñas y adolescentes,⁶ sin identificar los fundamentos fácticos de la solicitud)*, sino que el Juzgado Penal del Circuito de Villeta estudió la petición considerando los elementos probatorios aportados, con lo cual concluyó que no se demostró que el menor "carezca de la atención de otros familiares, máxime si cuenta con su mamá, la señora MÓNICA ANDREA MORALES DÍAZ, quien a pesar de haber suscrito un documento el 11 de febrero de 2013, a través del cual dejó al infante en custodia de su padre durante los días hábiles de la semana, ahora por ley le corresponde cumplir integralmente el deber de protegerlo y cuidarlo."⁷

En suma, otorgó la detención domiciliaria el 16 de diciembre de 2014, según consta en acta de audiencia pública obrante a folios 189 y 190 del cuaderno 2 del expediente penal, una vez tuvo conocimiento de la petición de absolución por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Es claro que la actuación del Juzgado Penal del Circuito de Villeta se sujetó a las facultades otorgadas por la Ley 600 del 2000, por consiguiente, no existe un criterio que permita vincular la conducta o comportamiento de la Rama Judicial como causante del daño alegado por la parte demandante con ocasión a la privación de su libertad.

2.1.2. Del hecho de un tercero

El hecho de un tercero, se ha definido por el Consejo de Estado como causal de exoneración de responsabilidad administrativa, quien en reiteradas ocasiones, ha sostenido -se transcribe literal-:

*"(...) este factor de exoneración tiene como función principal la de impedir la configuración de la denominada relación de causalidad, razón por la cual los daños experimentados por la víctima no pueden ser reconducidos, desde el punto de vista puramente material, a la conducta del demandado; sin embargo, si la ocurrencia fáctica no puede atribuirse de manera íntegra y exclusiva al hecho del tercero, el fenómeno jurídico que se configura no será la causal de exoneración total.
(...)"*

⁶ F. 22 C.2 Proceso Penal

⁷ F. 66 *ibídem*.

Así las cosas, se puede concluir que la conducta de un tercero siendo exclusiva y determinante en la producción del daño antijurídico rompe el nexo de causalidad porque tiene entidad suficiente para liberar de responsabilidad a la persona a quien en principio se le imputan los hechos, a cuyo cargo está demostrar esa 'causa extraña'. El hecho de un tercero como eximente de responsabilidad supone para su estructuración, en los casos de responsabilidad por omisión, que el tercero haya causado directamente el daño, sin que la entidad haya tenido la posibilidad de evitarlo con el ejercicio de las facultades y deberes de imposición que hubieren sido omitidos por ella; por manera que la obligación de indemnizar surge porque la actuación del tercero no es ajena a la entidad demandada y no constituye una causa extraña respecto de la omisión estatal.⁸

Ahora bien, en los asuntos de privación injusta de la libertad, la citada Corporación sostuvo que el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad no tiene validez pues independientemente del dolo o el error en la información suministrada por terceros o en las actuaciones de los mismos, las autoridades encargadas de la investigación o el juzgamiento tienen la obligación de examinar dicho material a la luz de la sana crítica y de las demás herramientas que estén a su alcance para establecer la verdad, al respecto indicó:

"En este sentido, aceptar la exención de la responsabilidad por el hecho de un tercero equivaldría a delegar en el mismo las funciones de escrutinio y revisión de las pruebas que constitucionalmente corresponden a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces en materia penal. Aparte de lo anteriormente dicho, la excepción de hecho de un tercero carece de aplicabilidad en el marco de la privación injusta de la libertad puesto que para que la misma causal tenga real aptitud eximente, se requiere que la mencionada actuación tenga la connotación de la imprevisibilidad, requisito que claramente no se cumple en estos supuestos, toda vez que, siempre que la información proviene de fuente humana cabe la posibilidad de error. Más aún, desde los primeros registros escritos de la actividad jurídica humana, hay constancia de la conciencia casi universal de la posibilidad y el peligro de los falsos testimonios o la arbitrariedad de los funcionarios con poder coactivo."⁹

(Resalta el Juzgado)

En cualquier caso, como quiera que se encontró probada la excepción de "Falta de Legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial", observa el Despacho que no hay lugar a estudiar de fondo la excepción de hecho de un tercero, pues no existe relación de la entidad con el interés sustancial que se discute en el proceso, que permita el estudio del eximente de responsabilidad con ocasión al rompimiento del nexo causal entre el daño alegado y la imputación habida cuenta que no hay lugar, si

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, agosto 14 de 2008, expediente 16413.

⁹ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2018, radicado interno No. 41792. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

quiera, a realizar estudio de los elementos de la responsabilidad respecto del Juzgado Penal del Circuito de Villeta Cundinamarca.

2.2. DE LOS ARGUMENTOS QUE SIRVEN DE APOYO A LA TESIS DEL DESPACHO

2.2.1. De la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad.

En sentencia de unificación, el Consejo de Estado¹⁰ dispuso que en los casos en los que el juez penal o el órgano investigador levante la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encuentre 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 respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, es necesario hacer el respectivo análisis de responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política y de las disposiciones contenidas en la Ley 270 de 1996 para identificar la antijuridicidad del daño.

Este criterio conlleva a que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público.

De acuerdo con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estudiado por el Máximo Tribunal, el daño *"se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo"*, de tal manera que en los casos en los que la conducta de la víctima sea determinante en la causación del daño, procede la exoneración de responsabilidad del Estado.

En este sentido, precisó que la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido en culpa grave o dolo, por lo que es menester que el juez de instancia verifique y determine si, a la luz del artículo 63 del Código Civil, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede

10 Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia de Unificación de fecha 15 de agosto de 2018. Expediente 46.947. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos; de modo que si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

Por último, dijo la Sala Plena de la Sección en la citada sentencia que, para hacer el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, el juez puede acudir, en virtud del principio *iura novit curia*, al título de imputación que estime más pertinente al caso concreto.

2.2.2. Prueba Trasladada

En relación con la validez y valoración probatoria de las pruebas trasladadas, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 16 de febrero de 2017¹¹, precisó lo siguiente:

*"para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en "relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito". No obstante, a dicha regla se le reconocieron **las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma;** (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis".*

11 Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de febrero de 2017, Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Snatofimio Gamboa, expediente: 52001233100020030056502 (33861).

Acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se dará valor probatorio, a los documentos obrantes dentro del expediente No. 25875310400120140008 del proceso penal aportado en 11 cuadernos conforme oficio de fecha 09 de mayo de 2019 del Juzgado Penal del Circuito de Villeta (f.158) y permanecieron a disposición de las partes sin que las mismas hubiesen sido controvertidas.

Los hechos establecidos en la sentencia penal, pueden acreditar dentro de medio de control de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del daño antijurídico. Sobre el particular, el Consejo de Estado preciso:

"(...) la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad"¹².

2.3. Análisis del caso concreto

El señor José Vicente Orduz Pineda pretende la indemnización por la privación de la libertad de que fue objeto entre el 13 de mayo de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2015 como medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía General de la Nación en el marco de la Ley 600 del 2000, por considerar que esta no debió suceder.

De acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado citada en precedencia, 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 pues el fallo absolutorio no resulta suficiente para imputar responsabilidad patrimonial al Estado.

12 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2001, expediente 12.959, y sentencia del 14 de julio de 2004, expediente: 13.971 (R-9977), sobre Cosa juzgada. Sentencia del 13 de agosto de 2008, radicación: 17001233100019950602401 (16.533). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹³ preciso que la responsabilidad patrimonial del Estado en asuntos como el que se estudia se enmarca en el daño antijurídico, con lo cual, aún las conductas revestidas de legalidad, pueden generar un daño y así mismo comprometer su responsabilidad. No obstante, la antijuridicidad del daño no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial, pues ello procede cuando la conducta de la víctima no hubiere dado lugar a la imposición de la medida, debiendo estudiar la existencia de culpa grave o dolo que rompa el nexo causal, y, además, ajena, imprevisible e irresistible para la parte demandada.¹⁴

Así pues, procede el Despacho a analizar, en virtud del acervo probatorio allegado al plenario, si el daño causado resulta antijurídico e imputable a las demandadas o si por el contrario se presenta la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad.

Se encuentra acreditado que se adelantó de oficio proceso penal No. 25875310400120140008800 contra el señor José Vicente Orduz Pineda por la conducta punible de homicidio agravado en grado de tentativa, en virtud de los hechos ocurridos el 20 de noviembre de 2006.¹⁵

El 19 de marzo de 2014 la Fiscalía Seccional 01 Unidad de Descongestión Ley 600 de 2000 resolvió imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de José Vicente Orduz Pineda, considerando –se transcribe in extenso-:¹⁶

"(...)

Por su parte JOSÉ VICENTE ORDUZ PINEDA, durante el curso de su indagatoria, aduce que su tío JESÚS DAVID y él salieron hacia la Vega, con el fin de mirar una finca, citándose con los otros negociantes en un sitio ubicado en el intermedio de La Vega a Sasaima, en donde finalmente se encontraron con las personas con quienes habían pactado, siendo cuatro de ellos, quienes se transportaban en un carro Mazda de color rojo, el cual estacionaron a mano izquierda de la vía con el capo abierto, en donde ellos también se ubicaron, informándole su tío se bajaría a prestarles ayuda pues al parecer se habían varado, sorprendiéndose cuando al voltear a mirar su tío se encontraba en la mitad de los 4 individuos, quienes lo amenazaban con arma de

13 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera subsección B, sentencia del 31 de octubre de 2018. Radicado 110013343060201600364 01. M.P.: Carlos Alberto Vargas Bautista. Demandante Nelson Gutiérrez Demandada: FGN

14 Ver Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia del 25 de abril de 2019. Radicado 680012331000-2009-00007-00. M.P.: Iván Mauricio Mendoza Saavedra. En esta oportunidad, se resalta el análisis de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 15 de agosto de 2018 que realiza el Tribunal.

15 Oficio que deja en disposición de la Fiscalía de Madrid Cundinamarca a cuatro personas y objetos incautados. Folio 2. Cuaderno 1 del Proceso Penal

16 Folios 13 a 3.

fuego, prendiendo entonces su carro para tomar el camino de regreso, hasta cuando encontró una Estación de Policía en Facatativá, a quienes reportó lo acontecido.

(...)

En declaración el señor agente EDGAR ARIAS GALVIS, adujo para la data se encontraba de patrulla en la vía Nocaima peaje Caiquero, a la altura del bar las Vegas, 100 metros, ubicado antes del peaje una persona tendida (sic.) en medio de la carretera, con una herida en el abdomen producida por arma blanca (...) Persona que les advirtió inicialmente que se transportaba en su vehículo cuando se les atravesaron en la vía, sujetos desconocidos que lo bajaron del automóvil, el cual se llevaron a un lugar desconocido (...)

Conforme al acervo probatorio tenemos entonces que con sustento en el mismo, no solamente se encuentra demostrado el elemento objetivo o de la materialidad de los relatos de Homicidio Agravado en el Grado de Tentativa en concurso con uso de Documento Falso, en concurso con Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, además el de Hurto Calificado y Agravado, (el cual no se endilgó a los sindicados, impidiéndonos esta circunstancia el tomar decisión al respecto), sino que además se logró probar a cabalidad y como en derecho corresponde el factor subjetivo o de la presunta responsabilidad en cabeza de los sindicados CARLOS OCTAVIO RAMÍREZ, JOSÉ VICENTE ORDUZ PINEDA, LUIS JULIAN AGUILAR y GERMÁN RESTREPO TORO.

Siendo notorio el señalamiento directo y enfático que hizo en su contra la víctima, señor JESÚS DAVID PINEDA CAMACHO, quien precisamente por tratarse del directo afectado, pudo ver a sus asaltantes, pero en especial se localizan por los señalamientos que JESÚS DAVID hiciera en relación con las características del vehículo en el que se transportaban, el cual le fue atravesado en la vía, para luego de ello herirlo y despojarlo de su vehículo rodante (...) más cuando en efecto condictiendo el automóvil del señor JESÚS DAVID fuera ubicado su sobrino JOSÉ VICENTE quien era precisamente su acompañante y quien fue el contacto para con mayor facilidad poder hacer víctima a JESÚS DAVID, precisamente aprovechando su parentesco, su cercanía lo hacía más fácil del ilícito.

Denótese como los cuatro sindicados, a ésta data no han justificado las circunstancias por las cuales en verdad se encontraban en jurisdicción del municipio de la Vega, cuando sus viviendas y lugar de trabajo corresponden a la sabana de Bogotá. Además y primordialmente como es que fueron señalados por la víctima y capturados por viajar en el vehículo de Placa PEN -367 de propiedad del señor JESÚS DAVID, el cual le acababan de hurtar.

(...)

Siendo que de otro lado debemos afirmar que además se cumple con los presupuestos contenidos en el Artículo 355 de la misma obra, es decir con los fines de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por cuanto esta se hace necesaria para el caso que nos ocupa, en atención a que se considera los procesados (...) son personas peligrosas para la seguridad de la sociedad, más cuando fueron prácticamente cuatro bienes jurídicos tutelados por el legislador en relación con la conducta punible que nos ocupa, incluido uno de los principales cual es el de la Vida y la Seguridad Pública, correspondiendo uno de ellos de esencial protección cual es el

de la Vida y la Integridad Personal, del cual emergen los demás derechos y no es justo que se afecte la vida en la manera como se hizo para ésta eventualidad, al dejar al señor PINEDA CAMACHO luego de hurtarle su carro, abandonarlo mal herido, sin reportar tal situación a alguna autoridad con el mínimo objeto de salvarse su vida. (...)"

Como consecuencia de la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía Seccional 01 se profirió orden de captura No. 0379955 contra el señor José Vicente Orduz Pineda,¹⁷ la cual se hizo efectiva el 13 de mayo de 2014, como consta en acta de derechos del capturado obrante a folio 247 C.1 del expediente de proceso penal y boleta de detención FSPUD No. 452,¹⁸ dejado a disposición de la Fiscalía por parte de la Policía Metropolitana de Bogotá.¹⁹

El 20 de mayo de 2014 la Fiscalía Seccional 01 de Descongestión Ley 600 de 2000 profirió resolución de acusación contra el demandante como coautor del punible Homicidio Agravado en el Grado de Tentativa,²⁰ por considerar que se logró probar la gravedad de las heridas y la responsabilidad del acusado en la medida que fue utilizado dada la cercanía con la víctima, la cual fue puesta en estado de indefensión. Al respecto analizó los siguientes indicios:

"-INDICIO DE PRESENCIA. Los cuatro sindicados en su orden así CARLOS OCTAVIO ÁLVAREZ, GERMÁN RESTREPO TORO, LUIS JULIÁN AGUILAR y JOSÉ VICENTE ORDUZ PINEDA, admiten de una u otra manera haber estado presentes en el teatro de los acontecimientos, fueron vistos por la víctima e incluso ellos mismos así lo aceptan, el haber estado en el sitio ubicado en jurisdicción del municipio de la Vega en donde alguno de ellos incluso por primera vez iban allí.-

-INDICIO DE PARTICIPACIÓN EN EL HECHO: Se cumple al haber sido señalados como tal directamente por la aquí víctima, más en tratándose que precisamente fueron capturados por los agentes del orden en atención a que las descripciones e los vehículos aludidos por el ofendido y también las que hizo frente a los participantes del reato, coinciden y hasta la data no han sido desvirtuadas dichas incriminaciones, por el contrario fueron confirmadas.-

-INDICIO DE MÓVIL DELICTIVO: Desde el inicio de la instrucción se determina que al parecer se pretendía hacer objeto de hurto al señor JESÚS DAVID."

José Vicente Orduz Pineda se encontró recluso en el establecimiento carcelario de Bogotá "La Modelo" hasta el 01 de noviembre de 2014, fecha en la cual fue trasladado mediante Resolución No. 114 - 2476 de 29 de agosto de 2014 al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villeta

17 F- 209 C.1 del proceso penal.

18 F. 249 C.1 proceso penal.

19 F. 245 C.1 Proceso Penal.

20 Folios 258 a 276 C.1 proceso penal.

Cundinamarca. Posteriormente regresó al establecimiento carcelario de Bogotá el 10 de noviembre de 2015 hasta el 15 de diciembre de 2014 fecha en la que fue traslado nuevamente al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villeta Cundinamarca.²¹

El 18 de diciembre de 2014 se otorgó boleta de detención domiciliaria No. 016, por parte del Juzgado Penal del Circuito de Villeta²² hasta el 15 de diciembre de 2015, fecha en la que fue dejado en libertad en virtud de la providencia de fecha 09 de diciembre de 2015, en la que se resolvió absolver a José Vicente Orduz Pineda de los cargos que le endilgó el fiscal del caso en la resolución de acusación y ordenar su libertad inmediata en aplicación al principio *in dubio pro reo* (ff.33 a 44), por considerar lo siguiente:

"(...)

Cabe anotar, que si bien existieron inconsistencias en los relatos suministrados por la víctima, como por su sobrino, pues el procesado primero refirió que el inmueble a negociar estaba ubicado en la Vega y después que en Villeta, el señor JESÚS DAVID PINEDA CAMARGO, inicialmente le refirió a los policiales que se desplazaba en su vehículo, de allí los agentes del orden infirieron que el automóvil Mazda 323, le pertenecía y que lo habían hurtado, por ello dieron aviso a las autoridades del sector, ordenando un plan candado para su localización y captura de los presuntos implicados en el delito.

Situación muy diferente a la que después narra en la declaración juramentada, la cual, que esta vez coincide con el relato del procesado, quien siendo familiar no hiciera nada por ayudarlo ya fuera dando aviso en los peajes siguientes, si con facilidad podía observar por los espejos retrovisores si en realidad estaba siendo perseguido por los motociclistas o acercarse a una estación de policía, en alguno de los municipios por los que transitó antes de denunciar los hechos, pues en su defensa dijo que lo invadió el miedo y el temor a que atentaran contra su vida y eso no le permitió actuar de otra forma.

Es verdad que de acuerdo con las reglas de la experiencia y la sana crítica, está comprobado que todos los humanos reaccionamos de manera diferente ante emociones fuertes, por lo que esta situación no podía ponerse en su contra y con mayor razón si la víctima señala de manera clara y directa que su sobrino JOSÉ VICENTE no tuvo ningún tipo de participación en esos hechos delictivos.

De este modo no es dable afirmar que existe el indicio de presencia en su contra por el simple hecho de haber estado en la escena del crimen, puesto que los indicios deben valorarse de manera conjunta y no por separado como lo señala la jurisprudencia y en este caso en particular no existe prueba alguna de que indique haya participado en el delito investigado."

21 F. 50

22 F.283 C.2 Proceso penal.

Como se vio, el argumento de la Fiscalía para imponer la medida de aseguramiento que se mantuvo hasta la fecha de la sentencia consistió en la existencia de indicios relacionados (i) con el comportamiento del aquí demandante al huir del lugar y no haber denunciado los hechos en el primer peaje, y (ii) las afirmaciones, que aduce, realizó la víctima del proceso penal, el señor Jesús David Pineda Camargo, respecto al hurto del vehículo en el que se transportaba y que era de su propiedad.

Respecto a la medida de detención preventiva prevista en el artículo 355 de la Ley 600 del 2000, debe decirse que procede para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

El artículo 356 *ibídem*, prevé los requisitos de la medida de detención preventiva, así:

“(…)

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”

(Subraya el Despacho)

Es así como de la normatividad penal se desprende que la medida privativa de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba infalible 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 o la necesidad de su imposición, requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.²³

Sin embargo, del análisis del acervo probatorio, es claro que no existían indicios suficientes siquiera para que la Fiscalía soportara medida de aseguramiento alguna

23 Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia de Unificación de fecha 15 de agosto de 2018. Expediente 46.947. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

en contra del señor José Vicente Orduz Pineda, pues si bien, el ente acusador sostiene que se le encontró *conduciendo el automóvil del señor JESÚS DAVID*, lo cierto es que incluso antes de imponer la medida preventiva,²⁴ la entidad tuvo conocimiento de que el vehículo Mazda 323 NEI modelo 1999 color gris de placas PEN 637, era de propiedad de la señora Mónica Andrea Morales Díaz (*quien para el momento de los hechos era la pareja sentimental del demandante conforme se mencionó en Declaración de Parte de fecha 11 de junio de 2019²⁵ y se constata con registro civil de matrimonio de fecha 21 de enero de 2006²⁶*) y no del lesionado, según consta en el certificado expedido por el señor Luis Carlos Palacio Gonzales,²⁷ quien realizó la venta del vehículo en representación del establecimiento de comercio CONSIGNATARIA FERCAR de conformidad con el contrato de compraventa de fecha 04 de octubre de 2006 obrante a folios 96 y 97 del cuaderno 2 del expediente penal, con fecha de autenticación del 05 de diciembre de 2006, situación que además fue reconocida por la Fiscalía Quinta Seccional de Facatativá:²⁸

"(...)

Vistas las solicitudes allegadas por las señoras MONICA ANDREA MORALES DIAZ y JOHANNA MILENA PANTANO PACHON, quienes han demostrado legalmente la propiedad de los vehículos automotores de placas PEN 637 y EYB 547, por ser procedente se ordena la entrega en forma provisional del rodante PEN 637 (...)"

Aunado a lo anterior, se advierte que el 15 de diciembre de 2014 se aportó al proceso penal declaración extrajuicio ante la Notaría 56 del Círculo de Bogotá por parte del señor Jesús David Pineda Camargo, quien afirmó no haber realizado acusación respecto de su sobrino José Vicente Orduz Pineda.

Lo dicho hasta, impone concluir que la parte actora no estaba en la obligación de soportar el daño que padeció, de manera que se demostró no solo la existencia de un daño antijurídico sino su imputabilidad a la Fiscalía General de la Nación de la responsabilidad por los hechos acá debatidos, ya que fue ésta la que profirió las decisiones y medidas que afectaron al demandante.

24 F.91 C.1 proceso penal. "Oficio radicado el 30 de noviembre de 2006 por parte de la señora Mónica Andrea Morales Díaz ante la Fiscalía Seccional de Facatativá".

25 F. 146 cuaderno principal

26 F.47 C.2 proceso penal.

27 F.96 C.1 proceso penal.

28 F. 109 C.1 proceso penal.

Ahora bien, tratándose del estudio de la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁹ ha definido los parámetros que se hacen necesarios para considerar su configuración, estos son (i) cuando se acredita que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o (ii) que incurrió en comportamientos irregulares que ameritaban el adelantamiento de la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de una medida que le privara de su libertad.

En este punto, debe decir el despacho que aun cuando el señor José Vicente Orduz Pineda se alejó del lugar de los hechos, lo hizo por presentar sentimiento de temor como lo expresó en diligencia de indagatoria obrante a folio 68 C.1 del proceso penal, afirmación que no fue desestimada por la Fiscalía. Luego, dicho comportamiento por sí mismo no amerita el haber adelantado el proceso penal y mucho menos, constituye un indicio grave de responsabilidad para imponer la medida de aseguramiento, máxime cuando la Fiscalía no contaba con otros elementos de juicio que estudiados en conjunto permitieran obtener si quiera un grado mínimo de certeza de la responsabilidad que dieran lugar a la procedencia de la medida de aseguramiento.³⁰

3.- LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

Con ocasión al daño alegado, acuden al proceso José Vicente Orduz Pineda, en calidad de víctima directa y en representación de su hijo Andrés José Orduz Morales³¹; María Eudora Pineda Camargo e Israel Orduz Merchan, en calidad de padres³²; Ana Elvia Orduz Pineda³³ y Fabio Nelson Orduz Pineda³⁴, en calidad de hermanos. Los demandantes, debidamente acreditados, solicitan la reparación por perjuicios inmateriales y materiales.

3.1. Perjuicios inmateriales

3.1.1. Perjuicios morales

La parte demandante de este proceso solicitó que se reconociera por concepto de

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de noviembre del 2017. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

30 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera subsección B. Sentencia del 27 de febrero de 2019. Radicado 25000233600020170032900M.P.: Franklin Pérez Camargo.

31 F.5 cuaderno principal.

32 F. 4 cuaderno principal.

33 F. 7 cuaderno principal.

34 F. 8 cuaderno principal.

perjuicios morales el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

En relación con la tasación de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014³⁵ dispuso los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juez, de la siguiente manera:

	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 Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima 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

Jurisprudencialmente se ha sostenido que en virtud de las reglas de la experiencia, es posible presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.³⁶

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que el señor José Vicente Orduz Pineda permaneció privado de la libertad por el término de diecinueve (19) meses y dos (2) días; por lo que, en aplicación de lo establecido en la sentencia en cita, se reconocerán los siguientes montos:

35 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente: 36.149, Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).
36 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de enero 28 de 2009, Rad: 18073; M.P. Enrique Gil Botero.

DEMANDANTE	CALIDAD	MONTO
José Vicente Orduz Pineda	Víctima	100 smlmv
Andrés José Orduz Morales	Hijo	100 smlmv
María Eudora Pineda Camargo	Madre	100 smlmv
Israel Orduz Merchan	Padre	100 smlmv
Ana Elvia Orduz Pineda	Hermana	50 smlmv
Fabio Nelson Orduz Pineda	Hermano	50 smlmv

3.1.2. Daño a la salud

Se solicitó el pago de cien (100) smlmv por concepto de daño a la salud a favor de José Vicente Orduz Pineda, por cuanto no podrá realizar algunas actividades vitales que hagan agradable la existencia de cualquier ser humano, debido a las secuelas permanentes que le han dejado la conmoción emocional, los traumas psíquicos y trastornos que disminuyeron su capacidad de goce, sin embargo, no obra prueba en el plenario que acredite el perjuicio psicológico derivado de la privación de la libertad.

3.2. Perjuicios materiales

3.2.1. Daño emergente

La parte demandante solicita el pago de ocho millones de pesos (\$8.000.000) por concepto de honorarios del abogado que efectuó su defensa en el proceso penal, suma que, a su juicio, debe ser indexada al momento de su pago.

Respecto al pago de honorarios profesionales del apoderado que intervino en defensa de quien fue privado de la libertad, el Consejo de Estado en sentencia de unificación³⁷, dispuso que *debe aportarse i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio.*

37 Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia de 18 de julio de 2019, Expediente 44572. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Atendiendo al anterior criterio, advierte el despacho que no hay lugar a reconocer indemnización por este concepto por cuanto, pese a que en el proceso penal obra poder especial otorgado al abogado Everth Ceballos Salgado el 13 de mayo de 2014³⁸ y posteriormente, poder especial otorgado el 22 de mayo de 2014 al abogado José Heli Avendaño Barreto³⁹ quien lleva hasta su culminación la defensa del procesado según se evidencia en el proceso penal, no hay prueba en el expediente que permita acreditar el pago de la suma alegada.

3.2.2. Lucro cesante

En cuanto tiene que ver con el lucro cesante, de antaño se ha sostenido que procede su indemnización, cuando se tiene certeza de su causación, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna”,⁴⁰ de ahí la importancia de la prueba para garantizar de manera efectiva el principio de justicia rogada y dispositivo que caracteriza las decisiones de la jurisdicción contenciosa, en la medida que solo puede reconocerse aquello que se solicitó en la demanda.

Por lo anterior, en los asuntos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia⁴¹ en el sentido de enfatizar acerca de la necesidad de demostrar que iba a darse efectivamente un beneficio económico por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría al demandante obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención. Es así, como se establecieron dos elementos de juicio a saber, para determinar si hay lugar a la indemnización:

- i. Solicitud de parte respecto de los perjuicios causados, pues el juez no podrá reconocer de oficio parámetros o sumas de dinero que no fueron solicitados en la demanda.
- ii. Aportar prueba de la existencia del perjuicio alegado, esto es que se dejó de percibir un ingreso o se perdió la posibilidad de percibirlos.

En este sentido, si se trata de un empleado, es necesario la existencia de un contrato laboral o certificación que acredite la existencia de un vínculo laboral y un ingreso cierto, no obstante, al existir otro medio de prueba, su

³⁸ F.250 C.1 proceso penal.

³⁹ F. 283 C.1 proceso penal.

⁴⁰ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Providencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2.007). Radicación número: 73001-23-31-000-1997-15879-01(15989).

⁴¹ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia de 18 de julio de 2019, Expediente 44572. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera

valoración debe hacerse a la luz del artículo 225 del Código General del proceso que reza:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”

Respecto a los trabajadores independientes, debe aportarse libros contables, facturas de venta o prueba idónea para acreditar el ingreso alegado.

Ahora bien, en el caso de la persona ama de casa o encargada del cuidado del lugar, se presumirá el ingreso y se tendrá derecho a la indemnización conforme a los términos previstos en sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

En cuanto a los parámetros para liquidar el lucro cesante, se señaló:

- i.** El periodo indemnizable corresponde al tiempo que duró la detención, desde el momento en que se materializó la aprehensión física del demandante hasta cuando se recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal, lo último que ocurra.
- ii.** El ingreso base de liquidación para la indemnización no será otro que el acreditado dentro del proceso.
- iii.** No obstante, cuando se acredite la existencia de una actividad productiva lícita pero se carezca de prueba suficiente del monto del ingreso devengado, la liquidación del lucro cesante deberá hacerse teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia.
- iv.** Hay lugar a reconocer el incremento del 25% al ingreso base de liquidación por concepto de prestaciones sociales, únicamente cuando (i) se solicite en la demanda; (ii) se pruebe que el afectado trabajaba como empleado dependiente en el tiempo de la detención.

En el asunto *sub examine*, el apoderado de la parte demandante solicitó el pago

de cuarenta y cuatro millones seiscientos cincuenta mil pesos moneda corriente (\$44.650.000), por concepto de lucro cesante, resultantes de los ingresos mensuales devengados como jefe de logística y transporte de medicamentos en la empresa FARMAOMICA S.A.S. (\$2.350.000) dejados de percibir por el término de 19 meses, tiempo que duró la detención. Para acreditar el ingreso percibido aportó certificación expedida por la empresa el día 23 de septiembre de 2013, en la que consta lo siguiente:

*"La Dirección de Recursos Humanos de **FARMAOMICA S.A.S** certifica que el Sr. **JOSÉ VICENTE ORDUZ PINEDA** identificado con C.C. 80.056.581 de Bogotá, se encuentra vinculado a nuestra compañía desde el 21 de marzo de 2012, desempeñando el cargo de **JEFE DE LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE MEDICAMENTOS** con contrato a **TÉRMINO INDEFINIDO** y una asignación básica mensual de **\$2.350.000.00 (DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS)**."*⁴²

Igualmente aportó certificación de ingresos y retenciones del año gravable 2012 realizadas por la empresa FARMAOMICA S.A.S, expedida el 01 de abril de 2013⁴³ y manifestó en declaración de parte, llevada a cabo el 11 de junio de 2019 por este juzgado, lo siguiente: ⁴⁴

"PREGUNTA: Cuénteles al despacho, para la época previa a su detención, cuál era su actividad comercial o laboral a la que se dedicaba. CONTESTA: Yo laboraba en la empresa Farmaomica desde el mes de marzo del año 2012 y desempeñaba como jefe de logística del transporte de medicamentos, laboré ahí hasta el momento en que tuve el inconveniente judicial. PREGUNTA: A cuánto ascendía su asignación mensual como contraprestación de esa labor que usted desarrollaba en dicha empresa. CONTESTA: El salario mío era dos millones trescientos mil pesos (\$2.300.000) aproximadamente. PREGUNTA: (...) en los años que usted laboró en esa empresa usted declaró renta. CONTESTA: Sí señor, creo que declaré renta, tengo una declaración de la DIAN, creo que es lo que dan, entonces yo tenía esa declaración. PREGUNTA: Actualmente a qué se dedica José Vicente. (...)"

Aunado a lo anterior, en folio 35 C.2 del proceso penal obra certificación laboral del señor José Vicente Orduz Pineda en la que consta que se desempeñó como conductor desde el 29 noviembre de 2007 hasta el 15 de septiembre de 2011 y el 20 de febrero de 2012 hasta el 19 de agosto de 2013.

De lo descrito, se advierte que si bien se acreditó que el demandante

⁴² F. 51 cuaderno principal

⁴³ F. 52 cuaderno principal

⁴⁴ CD obrante a folio 146 Cuaderno principal.

desempeñaba una actividad productiva hasta el 23 de septiembre de 2013, lo cierto es que no existe certeza que para el momento de la captura, esto es el 13 de mayo de 2014 se encontrara vinculado laboralmente a la empresa FARMAOMICA S.A.S., siendo este uno de los criterios indispensables fijados por el Consejo de Estado en sentencia de unificación.

Ahora bien respecto a la tesis de la Rama Judicial, tendiente a afirmar que al momento en que se efectuó la privación injusta de la libertad, el señor Orduz Pineda no se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social ya sea como empleado dependiente o independiente, de acuerdo al reporte en la página web de consulta pública RUAF –Registro Único de Afiliados <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>,⁴⁵ el Despacho observó:

- Que el demandante se afilió a salud el 31 de marzo de 2017,
- Que fue retirado de la Administradora Colombiana de Pensiones el 01 de agosto del año 2000.
- Que el 05 de junio de 2018 se afilió a riesgos laborales con Liberty Seguros de Vida,
- Que el 01 de febrero de 2007 el señor Orduz Pineda se afilió como trabajador dependiente a la Caja de Compensación Familiar del Casanare COMFACASANARE y posteriormente, esto es, el 27 de julio de 2015 a la Caja de compensación familiar COMPENSAR.

Sin embargo, los datos allí consignados no confirman ineludiblemente que la ausencia de registro se deba por la inexistencia de vínculo laboral inexistente entre el demandante y un empleador, carga que le correspondía a la parte actora del proceso, por lo tanto, es forzoso concluir que como quiera que no se acreditó la existencia del perjuicio alegado, no hay lugar a reconocer indemnización por este concepto.

4.- COSTAS

Se tiene que La condena en costas, su liquidación y ejecución se rige por las normas del CGPF.⁴⁶ Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la

⁴⁵ F. 90 cuaderno principal.

⁴⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

condena en costas⁴⁷, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenará exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso. Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a **la Nación - Fiscalía General de la Nación**, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor José Vicente Orduz Pineda por el término de 19 meses y 2 días, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO.-Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** a **la Nación - Fiscalía General de la Nación** a pagar, de la siguiente manera, los perjuicios morales a favor de los demandantes:

DEMANDANTE	CALIDAD	MONTO
José Vicente Orduz Pineda	Víctima	100 smlmv
Andrés José Orduz Morales	Hijo	100 smlmv

47 Artículo 365 del Código General del Proceso.

María Eudora Pineda Camargo	Madre	100 smlmv
Israel Orduz Merchán	Padre	100 smlmv
Ana Elvia Orduz Pineda	Hermana	50 smlmv
Fabio Nelson Orduz Pineda	Hermano	50 smlmv

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.-DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial, de conformidad con la parte motiva del fallo.

QUINTO.-CONDENAR en costas a la parte vencida.

SEXTO.- Ejecutoriada la sentencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al Juzgado Penal del Circuito de Villeta el expediente penal No. 258753104001201400088, aportado en calidad de préstamo el día 14 de mayo de 2019.

En firme esta providencia y hechas las anotaciones correspondientes, **ARCHÍVESE** el expediente, previa devolución de remanentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ /