

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BOGOTÁ

Interlocutorio No. 096

Rad.: 110013120001-2022-00114-01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO A DECIDIR.

Procede el Juzgado a resolver la solicitud de control de legalidad de las medidas cautelares impetrada por la apoderada de LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y de MARTHA JUDITH BARCENAS PASOS.

II. HECHOS y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Según la resolución de medidas cautelares LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y ORLANDO FAJARDO CASTILLO, entre otros, son señalados de haberse concertado con varios servidores de la Alcaldía Mayor de Bogotá (cuando fungía como alcalde el señor Samuel Moreno Rojas –año 2009-) para la estructuración del CONSORCIO CANOAS, con el único fin de adjudicarle a éste el contrato No. 1115 de 2009 “(...) *para el DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN TUNEL BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO, PARA EL SISTEMA DE ALCANTARILLADO TRONCAL TUNJUELO – CANOAS RÍO BOGOTÁ, (...) por un valor de \$243.117.273.906 (...)*”, y apropiarse así, de manera irregular, de dineros públicos, en tanto los anticipos de dicho contrato fueron girados por el Distrito Capital, pero la obra no se ejecutó, desviándose de esta manera los recursos de su legítima destinación, en provecho de terceros, como la empresa SERAVEZZA LTDA, de la cual es Gerente el señor LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2020-00198 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 2 – 13, 62).

Respecto del señor LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA, el delegado de la Fiscalía General de la Nación refirió:

“Durante este tiempo de movimientos de dineros por concepto de anticipo, el señor Jaime Buenaventura Quintero Sagre supo del manejo de la totalidad de los recursos por parte de los señores Orlando Fajardo Castillo y Luis Gabriel Nieto García (socios y subcontratistas), quienes tenían la firma autorizada para el manejo de estos recursos en la entidad Bancaria Davivienda, pese a ser gerente y socio representante de varias empresas subcontratistas del Consorcio Canoas pero NO aparecía como integrantes, socios, representantes o apoderado.

(...)

Luego de evaluar la comisión de estos hechos, la participación de contratista, sus empresas y servidores públicos, es posible realizar un juicio de reproche a los señores Jaime Buenaventura Quintero Sagre bajo su calidad de interventor, el señor Orlando Fajardo Castillo quien fuere subcontratista y fungió como asociado del Consorcio, el socio de este el señor Luis Gabriel Nieto García y el representante legal del Consorcio el señor Carlos Alberto Solarte, como quiera que (...) estos estaban en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y el desapego a las normas contractuales y en general de la gestión pública” (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2020-00198 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 9, 12).

En razón de lo anterior, los bienes del señor LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA, adquiridos con posterioridad al año 2009, entre ellos los inmuebles identificados con matrículas números 230-205374, 230-205245, 230-205293, 50N-20797330, 50N-20740633, 50N-20740669, 50N-20740670 y 50N-20740750, algunos de los que también es copropietaria la señora MARTHA JUDITH BARCENAS PASOS, fueron vinculados al trámite de extinción de dominio (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2020-00198 E.D., Resolución de Medidas Cautelares, Fls. 46 – 50), dentro del cual, la Fiscalía 58 Especializada de Extinción de Dominio el 11 de octubre de 2021 decretó las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro.

III. LA SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD.

Invocada por la apoderada de los dos últimos ciudadanos en mención respecto de la decisión que impuso los gravámenes, expone que ésta se sustenta en falacias, ya que, en su sentir, el detrimento patrimonial no fue de la magnitud que endilgó el Delegado del ente acusador, y en todo caso los recursos apropiados fueron devueltos, según el preacuerdo suscrito entre el señor ORLANDO FAJARDO CASTILLO y la Fiscalía General de la Nación, aunado a que, respecto del señor LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA, se dice que éste incrementó de forma injustificada su patrimonio “(...) *sin que se hubiera cotejado o hecho una comparación patrimonial para establecer tal*

aseveración”, de lo cual advierte la profesional del derecho la inexistencia de elementos de juicio suficientes de los que se puedan inferir nexos de las propiedades de NIETO GARCÍA y BARCENAS PASOS con causales de extinción de dominio (Cf. Escrito de solicitud de control de legalidad de medidas cautelares, Fls. 3 – 14).

Por lo anterior, ruega se realice el examen a las precautorias de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro, impuestas a los inmuebles de propiedad de sus procurados, en virtud de la causal 1ª del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014 (Cf. Escrito de solicitud de control de legalidad de medidas cautelares, Fls. 1, 15).

Con todo, de no prosperar la petición principal, de manera subsidiaria pide el levantamiento de las cautelas de embargo y secuestro decretadas sobre los inmuebles de LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y MARTHA JUDITH BÁRCENAS PASOS “(...) *por cuanto estas medidas no son necesarias, razonables, ni proporcionales, en cuanto siendo bienes raíces no hay lugar a que puedan ser trasladados o removidos del sitio donde se encuentran situados y construidos*”, lo que implica la estructuración de la causal de ilegalidad prevista en el numeral 2º del artículo 112 del CED (Cf. Escrito de solicitud de control de legalidad de medidas cautelares, Fl. 15).

Adicionalmente, pide la profesional del derecho, se le reconozca personería jurídica para actuar en nombre de los prenombrados, conforme a poderes que allega.

IV. LOS INTERVINIENTES.

Ministerio de Justicia y del Derecho.

En criterio de la representante especial de la cartera ministerial, las cautelas fueron decretadas por el ente acusador “(...) *porque encontró elementos de juicio suficientes para configurar la existencia de una o varias causales extintivas*”, por lo tanto, la imposición de las medidas cautelares resulta acorde con los fines previstos en el artículo 87 del Código de Extinción de Dominio, por lo que solicita se desestime la petición de control de legalidad a las medidas cautelares (Cf. Escrito del apoderado especial del Ministerio de Justicia y del Derecho, Fls. 7 – 17).

V. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Este Juzgado es competente para resolver la solicitud de control de legalidad de las medidas cautelares decretadas por la Fiscalía, de conformidad con lo establecido en los artículos 35, 39 y 111 de la Ley 1708 de 2014, por cuanto varios de los inmuebles objeto del control de legalidad se encuentran ubicados en la ciudad de Bogotá D.C., por ende, el conocimiento y juzgamiento del presente proceso corresponde a estos Despachos.

2. La propiedad privada y las medidas cautelares.

La propiedad privada es objeto de amparo constitucional conforme al artículo 58 de la Carta Política, amparo del que también participan instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, -artículo 17- y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -canon 21-.

Así mismo, fortalece ese ámbito de resguardo la jurisprudencia al establecer que tal prerrogativa fundamental no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas que desconozcan el interés del propietario de obtener una utilidad económica y contar con las condiciones mínimas de goce y disposición.

Sin embargo, igualmente ha determinado que no es un derecho absoluto, pues el Estado puede imponer limitaciones, como ocurre en los procesos de extinción de dominio, por razón de haber sido adquiridos con dineros originados en actividades ilícitas, o ser destinados e instrumentalizados para la comisión de delitos, o aún siendo de procedencia lícita, haber sido mezclados material o jurídicamente con bienes de ilegal procedencia, constituyendo entonces las medidas cautelares el instrumento para evitar que los bienes que se hallen en cualquiera de tales circunstancias puedan ser ocultados, distraídos, negociados o transferidos, sufrir deterioro, extravío o destrucción, o se persista en su indebida utilización.

En tal virtud, el artículo 88 del Código de Extinción prevé que el patrimonio respecto del cual existan elementos de juicio suficientes que permitan considerar su probable vínculo con alguna causal de extinción, será materia de la medida cautelar de

suspensión del poder dispositivo, adicionalmente, pueden decretarse el embargo, secuestro y toma de posesión de bienes, haberes y negocios de sociedades, establecimientos de comercio o unidades de explotación económica.

De tal manera que, la restricción que con carácter general tiene procedencia en el trámite de extinción de dominio es la primera anunciada y, únicamente de manera excepcional las restantes, éstas con la carga agregada para el funcionario judicial de exponer y motivar la razonabilidad y necesidad de las mismas.

La razonabilidad implica realizar un análisis sobre la adecuación e idoneidad del gravamen a imponer de cara al objetivo que se persigue con el mismo. Es decir, resulta imperativo establecer en concreto cuál de los anteriores es el que corresponde decretar para lograr el fin propuesto, esto es, evitar el ocultamiento, negociación o distracción de los bienes objeto de extinción, o cesar la destinación e instrumentalización ilícita de los mismos.

Se trata entonces, de un estudio específico frente al derecho de propiedad en cada caso en particular, claro está, sin que corresponda analizar los aspectos personales de los propietarios u otros derechos ajenos a la discusión.

La necesidad consiste en establecer que la limitación del derecho fundamental a la propiedad se realice a través de la medida cautelar más favorable, esto es que no exista en el ordenamiento una posibilidad menos lesiva, pues de ser así, deberá preferirse ésta sobre la más gravosa.

3. Caso concreto

3.1. Causal de ilegalidad enunciada como solicitud principal.

Puede establecerse que en la resolución cuestionada el Delegado Fiscal sustentó la imposición de medidas cautelares con base en los resultados de actividades investigativas que dan cuenta de la participación del señor LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA en una empresa criminal que defraudó el erario de la ciudad de Bogotá, durante los años 2009 a 2013, a través del manejo irregular y la apropiación ilícita de anticipos contractuales destinados a la ejecución de obras “(...) *para el DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN TUNEL BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO, PARA EL SISTEMA DE ALCANTARILLADO*

TRONCAL TUNJUELO – CANOAS RÍO BOGOTÁ, (...), que fueron a parar a las arcas de terceros, de cuyas actividades delictivas el prenombrado derivó su haber patrimonial y muy “probablemente” también resultó beneficiada la copropietaria de varios de los bienes raíces de aquel, señora MARTHA JUDITH BARCENAS PASOS.

Según la hipótesis del ente acusador, los predios afectados fueron adquiridos por millonarias sumas de dinero, con posterioridad al año 2013, lo que se infiere de los medios de convicción recaudados en el plenario y que resultan ser elementos mínimos de juicio suficientes para vincular los inmuebles de NIETO GARCÍA y BARCENAS PASOS al menos con la causal 1ª del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio (Cf. Proceso E.D. Radicado de la Fiscalía No. 11001-6099-068-2020-00198 E.D., Resolución de Medidas Cautelares).

La imposición de cautelas en los procesos de extinción de dominio no depende de la magnitud del dinero habido fraudulentamente, o de si los réditos espurios fueron devueltos por algunos de los partícipes de las actividades criminales, mucho menos de la recolección de una u otra prueba en el plenario, como pretende hacerlo ver la abogada solicitante al echar de menos, en punto de la última acotación, la elaboración de un estudio patrimonial comparativo, cuando de los demás medios de convicción se puede inferir con suficiencia la vinculación de los bienes afectados con causales de extinción.

Tampoco, el decreto de los gravámenes es un asunto que quede al mero arbitrio y liberalidad del ente acusador, sino que, por lo menos la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo obedece al deber que impone el legislador a la Fiscalía General de la Nación, lo que, no libera a este ente, de hacerlo en forma razonada y motivada, cuando se advierta al menos un nexo indirecto de los bienes con causales de extinción de dominio, y de la misma manera proceda, si lo considera necesario, a imponer el embargo y secuestro en cada caso concreto.

Así mismo, ha de tenerse en cuenta que el procedimiento de control de las limitantes temporales tan solo requiere de un estándar de prueba **mínimo** para alcanzar esa inferencia de «probabilidad» de que los bienes afectados pueden estar atados con la causal extintiva invocada por el delegado instructor.

Así lo prescribe el Código de Extinción de Dominio cuando en el artículo 88 estipula: *[a]quellos bienes sobre los que existan **elementos de juicio suficientes** que permiten considerar su **probable vínculo** con alguna causal de extinción de dominio, serán objeto de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo. (...).*

Contexto que se compagina con el consignado en el numeral 1 del canon 112 *ibídem*, que señala como causal de ilegalidad de la medida cautelar la inexistencia de *los **elementos mínimos de juicio suficientes** para considerar que **probablemente** los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.*

Luego, en la figura procesal que se trata, y para lo que atañe con el último tópico en cita, corresponde únicamente examinar si la Fiscalía General de la Nación, ordenó las medidas restrictivas sobre la base de tales exigencias, esto es, la presencia de “**elementos mínimos de juicio suficientes**” que permiten deducir la “**probabilidad**” de la concurrencia del motivo de ilegalidad que se invoca.

Igualmente, acorde con los artículos 87 y 88 de la Ley 1708 de 2014 el instructor dispondrá las limitantes al dominio, a fin de evitar que los bienes comprometidos, no solo continúen siendo destinados para la comisión de actividades ilícitas, sino para impedir que puedan sufrir cualquier clase de deterioro o destrucción, o puedan ser ocultados, negociados, gravados, distraídos o transferidos.

Consecuencia de lo anterior, este Despacho declarará la legalidad de las medidas cautelares atribuidas mediante resolución de 11 de octubre de 2021, por la Fiscalía 58 de la Dirección Especializada de Extinción de Dominio, sobre los inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria 230-205374, 230-205245, 230-205293, 50N-20797330, 50N-20740633, 50N-20740669, 50N-20740670 y 50N-20740750, de propiedad de LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y MARTHA JUDITH BÁRCENAS PASOS, según corresponda, ya que existen elementos de juicio suficientes que permiten considerar el probable vínculo de dichos predios con las causales de extinción de dominio previstas en los numerales 1º y/o 5º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014.

3.2. Causal de ilegalidad enunciada en la solicitud como subsidiaria.

En tanto no resulta procedente la petición principal, la profesional del derecho invocó en subsidio el levantamiento de las cautelas de embargo y secuestro sobre los bienes de sus defendidos, según lo previsto en el numeral 2º del artículo 112 de la Ley 1708 de 2014, ya que “(...) estas medidas no son necesarias, razonables, ni proporcionales, en cuanto siendo bienes raíces no hay lugar a que puedan ser trasladados o removidos del sitio donde se encuentran situados y construidos” (Cf. Escrito de solicitud de control de legalidad de medidas cautelares, Fl. 15).

En punto de esta pretensión, advierte esta funcionaria que el artículo 111 de la Ley 1708 de 2014 prevé que las medidas cautelares proferidas por la Fiscalía no son susceptibles de los recursos de reposición o apelación, no obstante, el afectado, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia pueden solicitar el control de legalidad posterior ante los Jueces de Extinción de Dominio.

A su turno, el precepto 112 Ib. determina que el Juez declarará la ilegalidad de las medidas cautelares cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- “1. Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.
2. Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.
3. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada.
4. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas”.

Por su parte, el canon 113 ibidem, dispone que quien solicita el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente alguna de las circunstancias relacionadas en precedencia.

Conforme a lo anterior, la figura jurídica en comento -control de legalidad de las medidas cautelares- se caracteriza por ser: **i) posterior**, ya que solo puede solicitarse después de que la decisión de la Fiscalía ha sido emitida y ejecutada; **ii) rogado**, en tanto solo lo pueden deprecar el titular del derecho restringido, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia, con la carga de señalar los hechos en que se funda y demostrar con

suficiencia la causal que lo origina; **iii) reglado**, pues la ley prevé las causales y presupuestos para su procedencia y **iv) escrito**, ya que la solicitud como la decisión se tramitan de esa forma ¹.

De la lectura del libelo, el Juzgado evidencia que la solicitud subsidiaria de control de legalidad carece de la debida fundamentación para proceder a su análisis, ya que la abogada peticionaria simplemente indica que el decreto del embargo y el secuestro no resulta necesario, razonable, ni proporcional, en tanto, recaen sobre bienes inmuebles que por su naturaleza no pueden ser trasladados o removidos del lugar donde se encuentran, sin, en verdad argüir o motivar, como le correspondía, de manera objetiva, la causal prevista en el numeral 2° del artículo 112 del CED.

En efecto, conforme al artículo 113 Ib., quien solicita el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y **demostrar** que concurre objetivamente alguna de las circunstancias del referido artículo 112, lo que impone el deber de citar con claridad cuál de ellas se estructura en el caso concreto y discurrir de manera suficiente en las razones que la sustentan, precisamente por cuanto este mecanismo se caracteriza por ser rogado y ello implica que el Juzgado al decidir se encuentre limitado al contenido de la solicitud.

No es adecuado, esbozar de manera escueta la concurrencia del *ítem 2°* del artículo 112 del CED como causal de ilegalidad de las medidas cautelares de embargo y secuestro, como aquí ocurre, pues, la abogada solicitante omitió explicar, como era su deber, porqué los gravámenes devienen ilegales según dicha causal, sin presentar los fundamentos claros y suficientes del reproche ni su demostración objetiva.

Situación que obstaculiza al Juzgado analizar si en verdad las restricciones a la propiedad, no resultan necesarias, razonables o proporcionales, según los argumentos de la resolución confutada, en tanto, la profesional del derecho no realizó el análisis apropiado en torno a dicha circunstancia.

La defensora con sus nimios argumentos, deja al Juzgado la carga de establecer los fundamentos de dicha causal de ilegalidad esto es, proceder a examinar la necesidad,

¹ Exposición de motivos. Proyecto de Ley 263 de 2013 Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso. Año XXII, No. 174. 3 de abril de 013.

razonabilidad y proporcionalidad de la imposición de las medidas cautelares de embargo y secuestro, según lo plasmado en la resolución confutada, cuando ello es obligación de quien formula la solicitud de control de legalidad.

En consecuencia, el Juzgado no declarará la ilegalidad de las medidas cautelares de embargo y secuestro, solicitada de forma subsidiaria por la apoderada de LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y MARTHA JUDITH BÁRCENAS PASOS, al carecer de la debida sustentación que permita abordar adecuadamente su estudio.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá D.C.**

RESUELVE

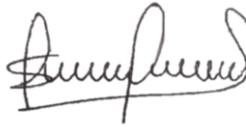
PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a la doctora Elianeth Aguilar Corradine, con T.P. 120817 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar dentro de este proceso, conforme a poderes otorgados por MARTHA JUDITH BARCENAS PASOS y LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA.

SEGUNDO: DECLARAR LA LEGALIDAD de las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro, impuestas mediante resolución de 11 de octubre de 2021, por la Fiscalía 58 de la Dirección Especializada de Extinción de Dominio, sobre los inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria números 230-205374, 230-205245, 230-205293, 50N-20797330, 50N-20740633, 50N-20740669, 50N-20740670 y 50N-20740750, de propiedad de LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y MARTHA JUDITH BARCENAS PASOS, acorde con las solicitudes principal y subsidiaria, invocadas por la peticionaria, por las razones expuestas en la parte motiva de este auto.

TERCERO: EN FIRME esta decisión, **REMITIR** la presente actuación al Juzgado Tercero (3º) Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá, Despacho en el que actualmente se adelanta la etapa de juicio bajo el radicado E.D. No. 110013120003-2022-00006-03.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal de Extinción de Dominio, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley 1708 de 2014.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DORA CECILIA URREA ORTIZ

Juez

JGCM.