



169

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01822-01

Actor: JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial.

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo de 25 de enero de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó la solicitud de amparo.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA**, a través de apoderado, promovió acción de tutela,¹ invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, cosa juzgada y la presunción de buena fe, presuntamente vulnerados por la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de proceso de reparación directa radicado con el No. 25000-23-26-000-2008-00507-01, que promovió el accionante contra la Nación, Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

1.1. Hechos

El tutelante los narró, en síntesis, así:

¹ Fls. 1 – 11. Poder fl. 12.



1.1.1. El 19 de septiembre de 2008, mediante apoderado judicial, se presentó demanda de reparación directa por el señor **JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA**, Martha Enelia Garzón Pérez, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos Jorge Giovanni Ayala Mendoza y Christian David Ayala Mendoza, seguidamente los señores Luis Eduardo Ayala Chávez, Teresa de Jesús Mendoza Roa, Lilia del Carmen Ayala Mendoza, Guillermo Ángel Ayala Mendoza, José Vicente Ayala Mendoza, Luis Eduardo Ayala Mendoza, Myriam Teresa de Jesús Ayala Mendoza, Aurora Celina Ayala Mendoza, Flor Yolanda Ayala Mendoza, Bernarda Lucía Ayala Mendoza, Idelfonso Gilberto Ayala Mendoza, Blanca Ninfa Ayala Mendoza y Edilma Patricia Ayala Mendoza quienes solicitaron que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad que dice haber sido víctima el tutelante, por el periodo comprendido desde el 19 de junio de 2003 y el 20 de septiembre de 2006 por el presunto delito contra la fe pública y el patrimonio económico.

1.1.2. La Subsección B, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con sentencia del 9 de febrero del 2011, resolvió:²

«**PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. NEGAR la excepción de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**».³

1.1.3. La parte demandante apeló la anterior decisión.

1.1.4. La Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, con providencia del 16 de febrero de 2017, confirmó la anterior decisión.⁴

² Fls. 415 – 440. C. 23. Expediente ordinario allegado en calidad de préstamo (en adelante Exp. Ord.).

³ Negrilla del original.

⁴ Fls. 546 – 557. C. 23. Exp. Ord.



Los argumentos dados para tal determinación serán analizados en la parte considerativa del presente fallo, a partir de los argumentos que soporta el presente mecanismo constitucional.

1.2. Fundamentos de la solicitud

Para el tutelante la providencia judicial cuestionada, incurrió en los siguientes defectos: i) **fáctico** y ii) **desconocimiento del precedente**, los que sustentó bajo los siguientes argumentos:

Por un lado, afirmó que respecto a la omisión de colaborar con la investigación, con fundamento en la T-761 de 2012, al haber sido declarado persona ausente, no bastaba con que el tutelante conociera sobre una indagación en averiguación de responsables, que adelantaba la Fiscalía General de la Nación, por el presunto delito de estafa, que se cometió por aquella época en la entidad BANCAFÉ, sino que además debió ser requerido en debida forma para que compareciera al proceso; sin desconocer que en materia penal es el ente acusador quien tiene la carga de la prueba en la investigación y, por ello, el indiciado o sindicado está en su derecho de no realizar acto alguno, asumiendo una postura pasiva.

Por otro lado, sostuvo en relación con los indicios serios aducidos por la Fiscalía General de la Nación sobre la presunta responsabilidad del señor **JORGE ERIBERTO AYALA**, a saber: el cargo que ocupaba; conocimiento del sistema; sospechas de haber clonado unas tarjetas de crédito en la oficina que estaba bajo su coordinación cuando trabajó en CONCASA, que fueron acogidos por la Juez Séptima Penal del Circuito, así como por el Consejo de Estado, sin entrar a realizar mayores consideraciones, se observa que estos no son indicios graves o necesarios para edificar el compromiso penal, pues como acertadamente fueron valorados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, constituyen meras suspicacias o referencia sin entidad probatoria invocadas por los funcionarios de BANCAFÉ.

Así cosas, consideró que los señalamientos de responsabilidad deprecados por el *a quo* ordinario fueron apreciados a la luz de la sana crítica por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, en la sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, revocando la decisión proferida por la Juez Séptima Penal del Circuito de Bogotá, la cual



había declarado al tutelante responsable del delito investigado y evidenciando así que los presuntos indicios graves no tienen esa fuerza probatoria que se les dio.

Finalmente, afirmó:

«Aunado a lo expuesto, el Consejo de Estado al distanciarse del razonamiento expuesto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá respecto del proceso penal adelantado contra mi prohijado, el cual de conformidad con su consideración hizo tránsito a cosa juzgada al no ser objeto de casación por parte del ente acusador, atenta contra el debido proceso, pues en cuanto a la acción de reparación directa por privación injusta de la libertad, este no debe valorar la providencia que decreta la detención preventiva por la cual se considere que existen suficientes pruebas o indicios graves para imponerla, ya que esta circunstancia, por sí sola, no es suficiente para eximir al Estado de responsabilidad, sino el proceso penal en su conjunto, incluyendo las demás decisiones adoptadas, especialmente la que revoca la medida (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 68001231500020000560001 (20796), jul. 9/14, C. P. Enrique Gil Botero), atentando así contra los principios fundamentales del debido proceso y buena fe que cobijan a mi mandante».⁵

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de los derechos fundamentales invocados, en la demanda de tutela se pidió:

«Con base en los anteriores argumentos solicito respetuosamente al señor Juez de tutela REVOCAR la sentencia proferida el 16 día de febrero de 2017 dentro del radicado 25000-23-26-000-2008-00507-01 por el CONSEJO DE ESTADO y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda de acción de reparación directa del señor ERIBERTO AYALA MENDOZA».

2. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 24 de julio de 2017,⁶ admitió la tutela y ordenó notificar los Magistrados de la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado.

También dispuso comunicar a la Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, como terceras interesadas en el resultado del proceso.

⁵ Énfasis del original.

⁶ Fl. 15.



AA1

2.1. Contestaciones

Remitidos los oficios de rigor,⁷ se recibieron las siguientes:

2.1.1. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Al intervenir solicitó se despachen desfavorablemente las súplicas presentadas en la acción de tutela, por las razones de orden legal y fáctica, evidencia que la DEAJ representa a la Rama Judicial, pero no intervino para proferir la decisión judicial que se cuestiona. También, requirió declarar la improcedencia de la acción por inexistencia de perjuicio irremediable.⁸

2.1.2. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C

La autoridad judicial cuestionada pidió despachar negativamente la solicitud de amparo.⁹

Lo anterior, toda vez que, en el presente caso: **i)** no se cumplen los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela; **ii)** no se presentaron ninguno de los tres eventos en los que procede la acción de tutela por defecto fáctico, ya que como quedó plenamente demostrado se valoró el material probatorio obrante en el plenario de manera conjunta y conforme a las reglas de la sana crítica y lógica, que dio como resultado la negatoria de las pretensiones de la demanda por encontrar configurada la culpa grave y exclusiva de la víctima; **iii)** al demandante no se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por el contrario, fue plenamente garantizado en el transcurso del proceso contencioso administrativo, como se explicó en el aparte pertinente, de modo que tampoco encuentra cabida una posible vulneración a la cosa juzgada o a la buena fe y; finalmente, **iv)** el tutelante pretende reabrir el debate judicial saldado con la sentencia objeto de tutela, desconociendo así la libertad e independencia de que gozan los jueces.

2.1.3. La Fiscalía General de la Nación

Al intervenir manifestó que la presente acción de tutela debe negarse, por cuanto no se demostró la configuración de un defecto

⁷ Fls 16 - 23.

⁸ Fls. 25 – 26.

⁹ Fls. 27 - 33.



fáctico y el desconocimiento del precedente jurisprudencial, como requisitos específico para que proceda ésta contra providencias judiciales.¹⁰

3. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 25 de enero de 2018, **negó** las pretensiones de la solicitud de tutela.¹¹

Una vez valorados los argumentos de las partes, así como el proceso ordinario concluyó que la autoridad judicial accionada no incurrió en un defecto fáctico, ni en desconocimiento del precedente judicial, pues analizó en debida forma las pruebas que se aportaron al proceso de reparación directa y las diferentes actuaciones que se realizaron dentro del trámite penal. Igualmente, las decisiones referidas como desconocidas no guardan identidad con el asunto objeto de tutela.

4. La impugnación

La decisión tomada por el *a quo* fue impugnada por el libelista, quien sustentó su inconformidad como se sigue:¹²

Reiteró los defectos alegados en primera instancia, como fueron el **fáctico y desconocimiento del precedente**.

Explicó que aunado a lo anterior, la providencia señalada de incurrir en defecto fáctico para llevar a cabo su análisis de la responsabilidad del señor **AYALA MENDOZA** en los actos que conllevaron a su declaración como persona ausente debió partir de las labores realizadas por la fiscal encargada del caso para comunicar la vinculación formal a la indagación, así como los actos encaminados para hacerlo comparecer como citaciones, arraigo entre otros, por lo que al ceñirse únicamente a los oficios enviados por la entidad bancaria la presunta culpa del tutelante no tendría el carácter necesario para hacer prosperar la excepción propuesta ya que el ente investigador no realizó las cargas propias derivadas de

¹⁰ Fls. 35 – 37.

¹¹ Fls. 82 – 93.

¹²La impugnación se presentó dentro de los términos establecido en el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991, ello por cuanto la providencia judicial se notificó por correo electrónico el 2 de febrero de 2018 (fls. 94 – 101) y la ésta radicó el día 7 de ese mes y año (fls. 102 – 109).



la investigación penal encaminada a realizar actos para notificar a **AYALA MENDOZA** de que hubiera una investigación en su contra, o que se encontrara formalmente vinculado a ella, motivo por el cual no se presentó ante la Fiscalía General de la Nación y fue declarado persona ausente, haciendo más gravosa su situación.

Insistió, que en segunda instancia del proceso penal, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá analizó en su fallo que los presuntos indicios de cargo expuestos por la Fiscalía que a su vez fueron fundamento de la medida de detención preventiva y consideró que todas ellos habían sido meras suspicacias respecto del tutelante sin ninguna entidad probatoria, es decir, no existían pruebas ciertas y que la atribución de responsabilidad penal se había edificado sobre presunciones e indicios indirectos, por lo cual, ordenó la libertad inmediata e incondicional, estableciéndose así que los indicios que motivaron la medida de detención no tenían el carácter y relevancia para llegar a tal fin.

Para concluir a partir de lo anterior, que pese a las consideraciones efectuadas por el mencionado Tribunal, en lo que respecta a la conducta del accionante dentro de la investigación que desvirtúa la investigación adelantada por la Fiscalía, el Consejero Ponente Santofimio Gamboa se separa por completo de los hechos probados ya objeto de debate en el proceso penal, por lo que es necesario traer a colación la Sentencia T-393, de Junio 21 de 2017 por medio de la cual la Corte indica que el *«defecto fáctico se presenta cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado o cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia»*.

En lo que respecta al desconocimiento del precedente,¹³ expresó que en la sentencia proferida dentro del radicado 25000-23-26-000-2009-00152-01 de fecha 21 de septiembre de 2016 cuyo demandante es Fredy Alexander Quiroga Duque, que *«si bien se tratan de casos que llegan a ser similares en algunos puntos, lo*

¹³ El accionante allegó un memorial, el 14 de septiembre de 2017 (fls. 51 – 53) en el que informó sobre la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2016¹³ por la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado en el proceso de reparación directa que inició una de las personas que fue privada de la libertad por los mismos hechos relacionados con BANCAFÉ, la que declararon la responsabilidad patrimonial del Estado.



cierto es que en aspectos probatorios son diferentes»¹⁴ ya que en el proceso traído a colación, no fue hallado ningún rastro o registro de la intervención del el señor Fredy Alexander Quiroga Duque en el sistema AS/400, incluso ni siquiera tenía asignado en dicho sistema usuario y contraseña, en contraste en el asunto de la referencia, ya que el señor **AYALA MENDOZA** tenía labores que funcionaban con el programa AS/400, herramienta que se utilizó para el hecho delictivo y que en su momento no fue claro si tenía o no acceso a dicho programa, lo que llamó la atención del ente investigador; determinando así que no es un precedente judicial aplicable al caso en estudio.

Finalmente, expresó que aunado a las consideraciones efectuadas en cuanto al defecto fáctico que pone de presente la valoración probatoria efectuada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el precedente jurisprudencial sí aplica en el caso concreto ya que los hechos por los cuales se acudió a la jurisdicción contencioso administrativa devienen de los mismos hechos comprendidos dentro del proceso penal adelantado por la Fiscalía 91 Seccional adscrita a la Unidad Primera de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Bogotá relacionados con el desfalco de dinero por aquella época a través de cuentas propias de BANCAFÉ.

5. Trámite en segunda instancia

El Despacho, con auto del 1 de marzo de 2018,¹⁵ ordenó vincular a terceros con interés y notificar la nulidad saneable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 del CGP, a Martha Enelia Garzón Pérez, Jorge Giovanni Ayala Mendoza, Christian David Ayala Mendoza, Luis Eduardo Ayala Chávez, Teresa de Jesús Mendoza Roa, Lilia del Carmen Ayala Mendoza, Guillermo Ángel Ayala Mendoza, José Vicente Ayala Mendoza, Luis Eduardo Ayala Mendoza, Myriam Teresa de Jesús Ayala Mendoza, Aurora Celina Ayala Mendoza, Flor Yolanda Ayala Mendoza, Bernarda Lucía Ayala Mendoza, Idelfonso Gilberto Ayala Mendoza, Blanca Ninfa Ayala Mendoza y Edilma Patricia Ayala Mendoza, quienes fueron parte

¹⁴ Negrilla del original.

¹⁵ Fls. 122 – 123.



activa del proceso ordinario, y a los Magistrado de la Subsección B, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Remitidas las misivas del caso,¹⁶ intervinieron:

6. Los ciudadanos terceros con interés

Mediante dos escritos, solicitaron acceder a la pretensiones tutelares y de esta manera amparar también sus derechos conculcados.¹⁷

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto No. 1069 de 2015 modificado por el Decreto No. 1983 de 2017, así como el Acuerdo No. 55 de 2003 de la Sala Plena de la Corporación.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; superado lo anterior;
- ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación y se analizará si afectaron los derechos indicados por éstos.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹⁸, **unificó** la diversidad de criterios que la

¹⁶ Fls. 181 -189.

¹⁷ Fls. 158 – 163.



Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁹, y en ella concluyó:

«...si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».²⁰

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los «*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*». En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²¹ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden

¹⁸ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C. P. María Elizabeth García González.

¹⁹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

²⁰ Énfasis propio.

²¹ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



174

efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

4. Fondo

La Sala, una vez estudiada la impugnación, la intervención de los terceros vinculados en segunda instancia, el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo y la providencia judicial cuestionada, confirmará el fallo tutela de primera instancia, por los motivos que pasan a explicarse.

4.1. El defecto fáctico

La Sala en cuanto al **defecto fáctico** ha indicado que éste se configura en ciertos eventos y ante el cumplimiento de ciertas cargas por parte del tutelante, resulta oportuno poner de presente las reglas que, sobre el particular, decantó la Sala en sentencia del pasado 11 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-03442-00; así:

«Esta Sala de Sección {sic} en decisión del 12 de noviembre del 2015²² precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto	Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicita al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con

²² «Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". **Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**». Negrilla es del original.



Evento	Características
	<p>los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitób) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legalc) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez.b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al procesoc) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisiónd) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none">a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juezb) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p>
Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p>



175

Evento	Características
	Para su configuración corresponde: a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional. b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración. c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.

Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador». ²³

Para este juez constitucional en el presente caso no se puede configurar el defecto en los términos planteados por el apoderado judicial del tutelante, **pues el hecho de que la jurisdicción contenciosa administrativa en la providencia cuestionada, no hubiese realizado el mismo análisis** que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá quien exculpó de responsabilidad penal al tutelante, *por in dubio pro reo*, no permite estructurarlo.

Lo anterior, toda vez que cada uno de esos procesos, esto es, el de responsabilidad penal y el de responsabilidad extracontractual, son autónomos e independientes, el primero busca establecer si se incurrió en alguno de los tipos establecidos en el Código Penal, en protección de los bienes jurídicos allí establecidos y, el segundo, busca determinar de existió un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, si bien, por regla general, ha indicado que la

²³ Resaltados del texto original



responsabilidad por privación injusta de la libertad se aborda desde **una perspectiva objetiva**, lo cierto es que podrán existir asuntos en los que las detenciones deban ser analizadas desde **el comportamiento subjetivo del afectado**, lo que sucede, con las capturas con fines de indagatoria²⁴ o cuando el actuar de aquél concurrió para la imposición de la medida restrictiva.²⁵

De esta manera, y contrario a lo sostenido, toda medida restrictiva de la libertad no conlleva la aplicación de un régimen objetivo.

Ahora bien, en la providencia judicial cuestionada, la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que no podría existir responsabilidad extracontractual del Estado por la existencia de una eximente de ésta en el caso concreto.

Al respecto, la autoridad judicial accionada y como se evidencia al revisar el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo, luego de hacer una relación de las etapas del proceso, puso de presente que:

- 1) El tutelante se desempeñaba en BANCAFÉ como Coordinador en la División de Procesamiento de Datos.
- 2) Contra éste se inició proceso penal como presunto autor intelectual del delito de «*estafa y falsedad en documento público*», por los hechos ocurridos durante los días 21, 23 y 26 de agosto de 2002, cuando se realizaron transferencias irregulares de dineros de dicha entidad bancaria a cuentas particulares, por un valor de \$1.717.580.000 de los cuales fueron retirados \$621.169.434.
- 3) El 14 de abril de 2003, la Fiscalía 91 de la Unidad Primera de

²⁴ Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, reparación Directa No. 05001-23-31-000-2010-01846-01. Actores: Jesús Alonso Duque Mejía. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. Donde explicó «*Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, los sindicatos fueron escuchados en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrieron Sigifredo Gallego Restrepo y Jesús Alonso Duque Mejía, no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que éstos estaban en el deber jurídico de soportar*».

²⁵ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, reparación Directa No. 05001-23-31-000-2005-03387-01. Accionante: José Walter Quintero Grisales y otros. Providencia del 1º de marzo de 2018. En la que analizó que «*se entiende configurada la culpa de la víctima cuando se comprueba que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o incurrió en las conductas ilícitas que dieron lugar a la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de una medida restrictiva de la libertad*».



176

Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico resolvió:²⁶

«...declarar persona ausente a los señores JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA, JHON JAIRO CRUZ ÁLVAREZ Y ALEXANDER QUIROGA DUQUE, a quienes se les sindicó como presuntos responsables del concurso de delitos de Estafa y Falsedad en Documento Público, toda vez que con ocasión de sus funciones como empleados de Bancafe, lograron ingresar al sistema operacional del mismo y hacer transferencias a distintas cuentas Bancarias de varios lugares del país, como Barranquilla, Bucaramanga, Facatativá, Sincelejo, San Gil, Bogotá relacionadas debidamente en las diligencias, de la suma de \$1.717.580.000.00, de los cuales fue retirada la cantidad de \$619.311.500.00, lo cual se realizó sin ningún tipo de autorización ni facultad para ello.

Habiéndose librado orden de captura en contra de los señores JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA (...) de acuerdo con el artículo 344 del CPP., vigente, para escucharlos en indagatoria y no habiendo sido posible, se procederá a declararlos Personas Ausentes, quedando de tal manera vinculados al sumario (...).

De igual manera comuníquese a los despachos Fiscales, que adelanten investigaciones de esta naturaleza que se ordenó la vinculación a este sumario de los señores JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA (...) en virtud de adelantar una sola investigación en su contra por los hechos referidos...».²⁷

4) El 19 de junio de 2003 funcionarios del CTI capturaron al tutelante, en esa misma fecha la Fiscalía 91 de la Unidad Primera de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico emitió providencia en la que señaló: «*Escuchado en indagatoria el señor JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA, el Despacho encuentra que los elementos probatorios y la situación de hecho que llevó a ordenar la vinculación de este no han variado y que de acuerdo al tipo de delito que se investiga a las penas que estos contemplan (...) se dispone mantenerlo privado de la libertad, en tanto, se resuelva la situación jurídica*»²⁸.

Luego la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado, al examinar el material probatorio aportado al expediente de responsabilidad extracontractual, explicó:

«Por lo expuesto, en cuanto al periodo durante el cual se extendió la privación de la libertad del demandante, ésta se configuró desde el 19 de junio de 2003 hasta el 20 de septiembre de 2006, de manera que el actor

²⁶ Fls. 65 - 66 C. 6. Exp. Ord.

²⁷ Énfasis de la Sala.

²⁸ Fl. 172. C. 6. Exp. Ord.



estuvo efectivamente privado de la libertad por el término de 3 años, 3 meses y 1 día, lo que equivale a 39,09 meses.

No obstante, previamente a imputar la privación injusta de la libertad a la entidad demandada, la Sala considera examinar si existe culpa de la víctima, tal como lo dispone el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, según el cual *“el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”*, la cual se entenderá configurada cuando se presente violación por parte de la víctima de las obligaciones a las cuales está sujeto.

En el caso concreto la Sala encuentra que Jorge Eriberto Ayala Mendoza incurrió en varias conductas que agravaron su condición ante las autoridades y entorpecieron la actuación de las mismas.

En primer lugar, encuentra la Sala que el señor Ayala Mendoza tenía conocimiento que por la estafa ocurrida en Bancafe se abrió una investigación penal, al respecto obran las siguientes pruebas:

-Oficios suscritos por el vicepresidente de Gestión Humana del 6 de noviembre²⁹ y 3 de octubre³⁰ de 2002 dirigidos al señor Jorge Eriberto Ayala Mendoza en los cuales le comunicaron que mientras duraran las investigaciones por algunos hechos tocantes a su área laboral él disfrutaría de una licencia remunerada. La primera licencia tuvo lugar el 13 de noviembre de 2002 y la segunda el 6 de noviembre.

-Comunicación de BANCAFE dirigida al señor Jorge Eriberto Ayala Mendoza del 3 de diciembre de 2002, donde se le informó que:

“Hemos recibido su comunicación el 15 de noviembre de 2002³¹, en la cual solicita que la administración de Bancafe, se rectifique de la comunicación DRH – DAL 3302 del 14 de noviembre del presente año.

Al respecto nos permitimos manifestarle que la Unidad de Seguridad, dio traslado a esta Dirección del informe DA U SEG 01149 del 13 de noviembre de 2002, en el cual se señala que terceras personas lo implican a usted de actuaciones inmorales en el ilícito que afecto al Banco.

De acuerdo con lo anterior, usted podrá solicitar la retractación de esas personas en la Fiscalía 89, Unidad Primera Fe Pública y Patrimonio Económico, sumario 655183”.

-Obra la providencia del 14 de abril de 2003 de la Fiscalía 91 de la Unidad Primera de Delitos Contra la Fe Pública mediante la cual resolvió declarar persona ausente al señor Ayala Mendoza.

²⁹ «Fl. 164. C. 6».

³⁰ «Fl. 165. C. 6».

³¹ «Solicitó que se rectificara el oficio DRH –DAL 302 dirigido al señor Jhon Jairo Cruz Álvarez: “el cual tuve la oportunidad de leer el día que fue entregado en donde se involucra mi nombre en el párrafo segundo de la hoja 2 que dice:

Que los abonos irregulares a diferentes cuentas con las cuales se defraudó al banco, fueron realizados por usted junto con el señor Jorge Ayala se reunía en diferentes sitios de Bogotá, y que usted junto con el señor Jorge Ayala se reunía en diferentes sitios de Bogotá, con el fin de coordinar la forma de cometer conductas inmorales en contra de la institución”».



Así las cosas, el actor omitió colaborar con la justicia penal y estar pendiente adelantado en su contra, por el contrario permitió que se le declarara persona ausente dentro del mismo, comprometiendo así su responsabilidad cuando incumplió con el deber legal de colaborar con la administración de justicia, en vez de atender el llamado de la justicia para dilucidar si tenía o no responsabilidad del ilícito que se le endilgó.

En segundo lugar, la Fiscalía General de la Nación tenía indicios serios de su responsabilidad porque Jorge Eriberto Ayala Mendoza, en su calidad de técnico profesional en ingeniería de sistemas, laboraba en la unidad que tenía acceso a los servidores, en especial a la plataforma de información del sistema de BANCAFE llamado AS/400 del cual se probó que se cometió la defraudación, por otra parte tenía antecedentes de cuando trabajó en CONCASA entidad en la que también fue sospechoso de haber clonado unas tarjetas de crédito en la oficina que estaba bajo su coordinación.

Dichas situaciones ocasionaron que la Fiscalía dentro de la investigación penal tuviera mayores indicios para comprometer su responsabilidad, aunado, a lo ya expuesto que tenía conocimiento de la investigación y no ejerció desde un principio su defensa frente a dichas imputaciones.

En este punto, es pertinente precisar que con fundamento en lo expuesto la Fiscalía tenía la obligación de investigar, pues era un hecho notorio que el actor tenía conocimiento de los programas que utilizaba la entidad bancaria además, sus dichos era contradictorios pues en algunos de ellos señalaba que no tenía conocimiento del programa AS/400 y en otras sí, al respecto es relevante transcribir lo expuesto en la sentencia del 10 de marzo de 2005.

“ (...)

Es el momento para recordar lo que JORGE AYALA refirió eran sus competencias y realice proyectos para automatizar la producción, volver automática la operación de algunos trabajos que tenía que hacer los operadores, crear procedimientos que se deben hacer en sistemas, en el centro de cómputo, a diario, como mantenimiento de archivos, mantenimiento de discos, mantenimiento de cintas, es usuario como perfil, solicitaba un usuario de emergencia”, solicitud que evidentemente en punto de la comisión del delito, no iba hacer directamente AYALA MENDOZA quien en todo caso conocía ampliamente el AS/40, así también lo refirió el jefe del área de tecnología MARIO FERNANDO VEGA ROA, el que incluso lo calificó, en cuanto a su conocimiento sobre el AS/400, muy por encima de su jefe inmediato ANDRES MEDINA, cuando indica que una de las áreas de consultor, esto es, ANDRES MEDINA a cuyo mando estaba JORGE AYALA, que se desempeñaba brillantemente como director de proyectos y reportaba al anterior.

Ese jefe de tecnología indicó que AYALA se desempeñaba en administración del sistema, como soporte técnico del AS/400, para el ambiente de pruebas y algunos elementos del ambiente de la producción, al igual que conocía con la conducta delictiva tuvo origen y soporte en ese AS /40, así que tanto AYALA, como JHON JAIRO CRUZ, tenían labores que funcionaban con el AS/400, (...)”

De lo expuesto es claro que el actor si tenía conocimiento del programa AS/400 pues su supervisor también señaló el manejo que tenía el actor respecto del conocimiento de este programa el cual era necesario para



poder activar el usuario con el cual se realizó la defraudación de la entidad bancaria.

Por lo expuesto es claro que el señor Jorge Eriberto Ayala Mendoza con su actuar comprometió su responsabilidad, pues no ejerció una debida defensa desde el principio de la investigación de la cual tenía conocimiento, no desvirtuó los indicios que tenía la Fiscalía en su contra y no fue claro respecto del manejo del programa AS/400 el cual se utilizó para realizar el fraude en BANCAFE.

En ese orden de ideas, no le cabe razón al demandante en su *petitium demandatorio*, ya que este no puede pretender sacar provecho de su propia culpa y obtener un reconocimiento económico del Estado.

Dadas las particularidades del presente caso y los elementos de prueba a los cuales se hizo alusión, está demostrado en el expediente la culpa grave y exclusiva de la víctima – Jorge Eriberto Ayala Mendoza-, en el acaecimiento del daño – privación injusta de la libertad, por lo que no es posible endilgarle responsabilidad al ente demandado.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda por encontrarse configurado un eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima».

Como se lee las anteriores consideraciones, encuentra esta Sala de Decisión que no se puede configurar el defecto fáctico alegado, toda vez que, en el presente caso la negativa de las súplicas de la demanda de reparación directa se explica por **encontrarse configurado un eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima**, como lo sostuvo la autoridad judicial accionada; ahora bien, el hecho que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá hubiese absuelto en tutelante por *in dubio pro reo*,³² no implica la condena automática en el proceso de responsabilidad extracontractual, como ya se explicó.

Por otro lado, para este juez constitucional en cuanto supuesto

³² Fls. 137 – 186. C. 1. Exp. Ord. Donde se lee:

«Ahora bien, el yerro comentado se predica, bien de la indebida selección de la norma que recoge la conducta acreditada en la actuación, aparejada desde luego de la omitida aplicación de aquella que ha debido imputarse, así como del dislate cometido al endilgar la comisión de un solo delito cuando a través de la conducta investigada se infringieron varias disposiciones sustanciales, esto es, a pesar de estructurarse un concurso de conductas punibles al tenor del artículo 31 de la ley 599 de 2000; **hipótesis que no corresponden a la alegada por el defensor del acusado AYALA MENDOZA, quien a través de la ponderación de los hechos acreditados en estas diligencias afirma, no que los mismos encuentran adecuación en otro tipo penal, sino que la estafa imputada careció de efectiva o real consumación básicamente, al echar de menos la prueba del ardid erigido en elemento estructural de ese delito**, alegación a través de la cual controvierte la certeza sobre la realización del reato y en tal ámbito recibirá la correspondiente contestación». Énfasis de la Sala.



178

incumplimiento de las actuaciones requeridas por la Fiscalía para vincularlo en debida forma a la indagación penal, que alegó el tutelante, no está llamado a prosperar por dos razones, a saber:

La primera, obedece a que dicha problemática no fue planteada en la demanda de reparación directa (fls. 1 a 21. C. 1. Exp. Ord.), motivo por el que, dicha situación no fue objeto de análisis por la jurisdicción contenciosa administrativa.

La segunda, al revisarse el proceso ordinario se evidencia es que la Fiscalía 91 de la Unidad Primera de Delitos contra le Fe Pública y el Patrimonio Económico, declaró al tutelante como persona ausente ante su insistencia para recibirle indagatoria dentro del proceso penal y quedar así vinculado formalmente al proceso, cumpliendo con lo ordenado en el artículo 344³³ de la Ley 600 de 2000.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que la actividad intelectual que realiza el fallador en materia de apreciación y valoración de pruebas, hace parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la república y, por lo mismo, ni las partes y mucho menos el juez constitucional, puede imponer a toda costa su criterio, interpretación y lógica sobre la del natural, como si se tratara de un juez superior e infalible y con ello, sustituir de manera arbitraria el juicio valorativo de aquel; motivo por el cual, la acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4.2. Desconocimiento del precedente judicial

La Sala no abordará el estudio de la sentencia alegada como desconocida en la impugnación, como fue la dictada en el proceso de reparación directa No. 25000-23-26-000-2009-00152-01, de

³³ «Si ordenada la captura o la conducción, no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión o la conducción sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno».



fecha 21 de septiembre de 2016, cuyo demandante fue Fredy Alexander Quiroga Duque, pues revisado el libelo introductorio, calendado el **19 de julio de 2017**, no fue planteada dentro del defecto que allí se adujo.

Ahora el hecho, que en escrito posterior, presentado el 14 de septiembre de 2017,³⁴ solicitó tenerla como precedente desconocido, aportó copia de la misma y dio los argumentos con los que lo fundamentó, lo cierto es, que la parte demandada y los terceros interesados no pudieron conocerla ni expresar su defensa sobre tal hecho, pues se itera, no se planteó desde el inicio de la presentación de la tutela que ahora convoca a esta Sala de Decisión, a pesar que dicha providencia se notificó por edicto entre el 20 y el 24 de octubre de 2016 (fl. 78), es decir, casi 8 meses antes de radicarse aquélla.

Siendo ello así, cualquier estudio que este juez constitucional haga en esta instancia de la misma, afectaría el debido proceso de la Subsección C, Sección Tercera del Consejo de Estado (autoridad judicial accionada) y de la Subsección B, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Fiscalía General de la Nación y demás terceros interesados que fueron vinculado al trámite.

Por lo anterior, para este juez constitucional, al no configurarse los defectos alegados por el accionante, confirmará la sentencia de primera instancia que negó el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 25 de enero de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual **negó el amparo** solicitado por el **JORGE ERIBERTO AYALA MENDOZA**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

³⁴ Fls. 51 -72

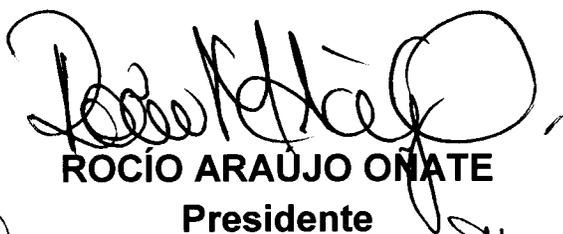


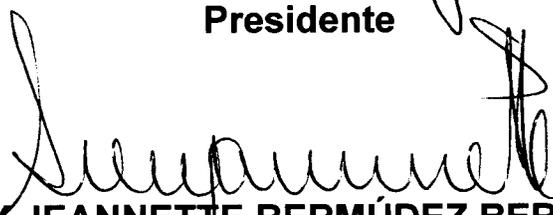
SEGUNDO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

TERCERO: Devolver el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo.

CUARTO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAUJO ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejero

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
Ausente con permiso


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

