



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

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

Expediente: 68001233100020090055901 (46.105)

Actor: César Tulio Ortega Contreras y otros

Demandada: Nación – Fiscalía General de la Nación

Asunto: Reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El 14 de septiembre de 2009, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, los actores¹ solicitaron que se declarara responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad del señor César Tulio Ortega Contreras en un centro penitenciario (entre el 1 y el 22 de agosto de 2007) y en su propio domicilio (entre el 23 de esos mismos mes y año y el 11 de julio de 2008).

¹ El grupo demandante está integrado por César Tulio Ortega Contreras, Alba Rubiela Infante Corredor, Estefanía Ortega Garavito, Gheraldith Ortega Garavito, William Ortega Contreras, Nancy Inés Ortega Contreras, Luis Oviedo Contreras, Diana Patricia Casallas Ubaldo, Marlee Yiscela Ortega Infante, Miguel Ángel Ortega Infante, César Tulio Ortega Infante, Juan David Ortega Infante, María Paula Ortega Garavito, Sofía Saray Ortega Casallas, Danna Cristina Ortega Casallas, Dilan Esneider Ortega Garavito, Karen Sofía Umaña Ortega y Karol Julieth Avendaño Ortega (folio 9, cuaderno 1).

Manifestaron que, el 15 de febrero de 2005, aquél -quien para la época de los hechos se desempeñaba como agente de tránsito-, impuso un comparendo al señor Julio Marín, conductor del taxi de placas XWB-683, por cuanto omitió una señal de pare.

Señalaron que este último denunció penalmente al acá demandante, por haberle pedido supuestamente dinero a cambio de no hacerle el comparendo, razón por la cual la Fiscalía General de la Nación abrió investigación y lo vinculó a un proceso penal por el delito de concusión, en el que fue indagado, cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva y acusado ante los jueces penales.

Sostuvieron que la Fiscalía incurrió en una falla en la prestación del servicio, toda vez que no estaban reunidos los requisitos de ley para proferir en contra del citado señor medida de aseguramiento de detención preventiva y resolución de acusación, tanto que la justicia penal lo exoneró de responsabilidad, ya que no cometió el delito imputado.

Indicaron que la restricción de la libertad de aquél les produjo enormes perjuicios que deben resarcirse; en consecuencia, solicitaron que se condenara a la demandada a pagarles 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por perjuicios morales, para la víctima directa del daño, así como 200 de esos mismos salarios para cada uno de los demás demandantes. Por daño a la vida de relación, pidieron 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos. Por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solicitaron \$12'922.900, correspondientes a los salarios y prestaciones sociales que el señor Ortega Contreras dejó de percibir (folios 9 a 23, cuaderno 1).

1.2 La contestación de la demanda

1.2.1 El 11 de noviembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y ordenó que el auto admisorio fuera notificado a la accionada y al Ministerio Público (folios 53 y 54, cuaderno 1).

1.2.2 La Fiscalía General de la Nación solicitó despachar negativamente las pretensiones de la demanda, por cuanto no se acreditaron los elementos que configuran la responsabilidad del Estado. Dijo que su actuación se ciñó a la ley, de modo que ninguna falla en la prestación del servicio se configuró en este caso,

máxime teniendo en cuenta que las decisiones y medidas que afectaron al señor Ortega Contreras estuvieron sustentadas probatoriamente; además, a éste se le garantizaron el debido proceso y el derecho de defensa (folios 58 a 69, cuaderno 1).

1.3 Alegatos de conclusión en primera instancia

1.3.1 El 4 de noviembre de 2011 se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (folio 227, cuaderno 1).

1.3.2 Los actores pidieron acceder a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que se demostró que la privación de la libertad del referido señor fue injusta, lo cual les produjo un daño que debía resarcirse, pues la justicia penal lo exoneró de responsabilidad, porque no cometió el delito imputado (folios 239 a 248, cuaderno 1).

1.3.3 La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público guardaron silencio.

1.4 La sentencia recurrida

1.4.1 El 10 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que, si bien el señor Ortega Contreras estuvo privado de la libertad en un centro carcelario y, posteriormente, en su domicilio, dicha medida no fue injusta, por cuanto en su contra existían indicios suficientes que lo comprometían en el delito imputado y, por tanto, las decisiones y medidas que lo afectaron se ciñeron a la ley (folios 250 a 264, cuaderno principal).

1.4.2 El 7 de septiembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Santander, Sala de Descongestión, avocó conocimiento, en cumplimiento de lo dispuesto por los Acuerdos PSAA12-9222 y PSAA12-9524 del 2 de febrero y el 21 de junio de 2012 (folio 268, cuaderno principal).

1.5 Recurso de apelación

Dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, a fin de que se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda, ya que se demostró que la privación de la libertad del señor Ortega Contreras fue injusta.

Dijo que, según jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, la víctima de una detención injusta no está en la obligación jurídica de soportar el daño, independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto o actuación estatal o de que la conducta del funcionario que ordenó la medida hubiere sido dolosa o culposa.

Sostuvo que en los casos en que el sindicato es exonerado de responsabilidad, porque el hecho punible no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta es atípica o porque dicha medida es el resultado de la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, el Estado compromete su responsabilidad, pues la víctima no está en la obligación de soportar el daño causado.

Afirmó que el demandante estuvo privado de la libertad 1 año, 1 mes y 13 días por un delito que no cometió, de modo que la Fiscalía está en la obligación de indemnizar los perjuicios causados, máxime teniendo en cuenta que no demostró la presencia de una causa extraña que la eximiera de responsabilidad, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima y hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Agregó que la actuación de la Fiscalía General de la Nación desbordó el ordenamiento legal, toda vez que, a pesar de que no existían pruebas en contra del sindicato, lo cobijó con medida de aseguramiento de detención preventiva y lo acusó antes los jueces penales, quienes finalmente lo exoneraron, porque no cometió el delito imputado (folios 269 a 276, cuaderno principal).

1.6 Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.6.1 El 17 de octubre de 2012, el Tribunal Administrativo de Santander, Sala de Descongestión, concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (folio 278, cuaderno principal) y, mediante auto del 17 de abril de de 2013, el Despacho lo admitió (folio 283, cuaderno principal).

1.6.2 El 15 de mayo de 2013 se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio de Público, para que rindiera concepto (folio 285, cuaderno principal).

1.6.3 La parte actora reiteró lo dicho a lo largo del proceso (folios 287 a 289 326, cuaderno principal).

1.6.4 El Ministerio Público pidió revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida en que se demostró que la privación de la libertad del señor Ortega Contreras fue injusta, ya que fue exonerado de responsabilidad, no con fundamento en el principio del *in dubio pro reo*, como lo aseguró el juez penal en su providencia, sino por la ausencia de pruebas que demostraran su participación en el punible endilgado; además, la resolución que definió su situación con medida de aseguramiento de detención preventiva "*no contó en su momento con los dos indicios graves de responsabilidad exigidos por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000*".

1.6.5 La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación, toda vez que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y con el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008², de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

2.2 Oportunidad de la acción

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos³, la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En los eventos en los que se alega la privación injusta de la libertad como fuente del daño indemnizable, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa inicia desde el

² Expediente 2008 00009.

³ Ley 446 de 1998.

momento en el cual el sindicato recupera la libertad y/o la providencia absolutoria queda ejecutoriada –lo último que ocurra-⁴.

Mediante sentencia del 11 de julio de 2008, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja exoneró de responsabilidad al señor César Tulio Ortega Contreras por el delito de concusión y ordenó que fuera dejado en libertad, decisión que cobró ejecutoria el 31 de marzo de 2009 (folio 130, cuaderno 1), por lo que la demanda de reparación directa debió instaurarse, a más tardar, el 1 de abril de 2011; por lo tanto, como ello ocurrió el 14 de septiembre de 2009 (folio 51, cuaderno 1), no hay duda de que aquélla se presentó dentro del término de ley.

2.3 Privación injusta de la libertad

En cuanto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –anterior Código de Procedimiento Penal– y de la Ley 270 de 1996.

Bajo este escenario, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone la declaración de ésta en todos los eventos en los cuales quien ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación en su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que: *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicato no lo cometió o *iii)* la conducta era atípica.

De igual forma, la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado contempla la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva en aquellos eventos en los cuales se aplica, dentro del proceso penal respectivo, el principio universal de *in dubio pro reo*⁵.

Así, pues, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e, incluso, así se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si se da alguna de las causales recién mencionadas o se estructura una falla en el servicio, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados, siempre

⁴ Entre otros, sentencias del 14 de febrero de 2002 (expediente 13.622) y del 11 de agosto de 2011 (expediente 21.801).

⁵ Tesis que el suscrito ponente de esta providencia no comparte.

que quien demande no tenga el deber jurídico de soportarlos.

Bajo este panorama, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con el material probatorio aportado al proceso, si existe responsabilidad por los daños causados a la parte actora, con ocasión de la privación de la libertad del señor César Tulio Ortega Contreras.

2.4 El caso concreto

Está acreditado que, el 16 de febrero de 2005, César Tulio Ortega Contreras impuso un comparendo al señor Julio Marín, por cuanto omitió una señal de pare. Este último, a su vez, formuló una queja contra el señor Ortega Contreras ante la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja, porque le habría exigido dinero a cambio de no hacerle el comparendo (folios 123 y 124, cuaderno 1)⁶.

El 23 de febrero de ese mismo año, dicha Inspección de Tránsito remitió la queja a la Fiscalía General de la Nación (folio 124, cuaderno 1), la cual, mediante providencia del 22 de marzo de 2005, ordenó la apertura de investigación y decretó la práctica de pruebas (folio 88, cuaderno 1).

El 8 de mayo de 2007, el señor Ortega Contreras rindió indagatoria (folios 89 y 90, cuaderno 1) y, el 26 de julio de ese mismo año, se resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad, por el delito de concusión y se libró orden de captura en su contra (folios 91 a 97, cuaderno 1), medida que se hizo efectiva el 1 de agosto de 2007 (folio 100, cuaderno 1).

Contra la decisión que resolvió la situación jurídica, su defensor interpuso recursos de reposición y, en subsidio, de apelación (folio 103, cuaderno 1). Mediante providencia del 21 de agosto de 2007, la Fiscalía General de la Nación revocó parcialmente aquella decisión y dispuso que la medida de detención preventiva fuera sustituida por detención domiciliaria (folios 103 a 108, cuaderno 1). El 8 de octubre de ese mismo año, el actor fue acusado ante los jueces penales (folio 113 a 120, cuaderno 1).

⁶ Se aclara que en la demanda se dijo que fue una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación (hecho décimo primero) (folio 13, cuaderno 1).

Mediante sentencia del 11 de julio de 2008, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja exoneró de responsabilidad al señor Ortega Contreras y ordenó que fuera dejado en libertad (folios 123 a 129, cuaderno 1).

Si bien el juez penal dijo que había duda probatoria, lo cierto es que la exoneración se debió a la ausencia de pruebas que demostraran la comisión del punible por el cual el demandante fue vinculado a un proceso penal y privado de la libertad; al respecto, sostuvo (se transcribe textualmente):

"... En este punto del proceso éste Despacho considera que otra había sido la suerte del presente proceso si se hubiese solidificado prueba incriminatoria con el suficiente peso de corroboración suficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, dado que no se tenían pruebas concretas que corroboraran la denuncia del señor MARIN ..."

(...)

"Hay, entonces, en el presente proceso una presunta infracción al Código Penal de la que no tenemos mas prueba que la versión única de JULIO MARIN a la que se contrapone la versión única del procesado ..."

(...)

"... queda claro que en este estado del proceso no existe prueba que permita inferir que el señor ORTEGA CONTRERAS le hubiese exigido al señor JULIO MARIN suma de dinero alguna para evitar confeccionar en su contra el mentado comparendo ..." (folios 126 a 128, cuaderno 1).

Si bien de la providencia acabada de transcribir surge que no se demostró que el señor Ortega Contreras cometió el delito de concusión por el cual fue vinculado a un proceso penal y privado de la libertad, lo cual torna en antijurídico el daño sufrido y desencadena, conforme al artículo 90 de la Constitución Política, la responsabilidad objetiva del Estado, lo cierto es que en este caso la actuación de la Fiscalía General de la Nación configuró una falla en la prestación del servicio, a título de error judicial.

En efecto, según el artículo 356 de la Ley 600 de 2000⁷ -Código de Procedimiento Penal vigente al momento de los hechos-, la detención preventiva se impone cuando existan al menos 2 indicios graves de responsabilidad, según las pruebas legalmente recaudadas dentro del proceso.

⁷ "Artículo 356. Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

"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".

En el *sub examine*, la Fiscalía General de la Nación, al momento de definir la situación jurídica, tuvo en cuenta únicamente la queja que el conductor del taxi instauró contra el señor Ortega Contreras ante la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja y el testimonio de la señora Elizabeth Salas Vesga, propietaria del automotor, quien, según la sentencia penal que exoneró de responsabilidad al demandante, "*afirmó tajantemente que no se dio cuenta de exigencia dineraria alguna del alférez a JULIO MARÍN*" (folio 126, cuaderno 1) y, por tanto, es obvio que los dos indicios de responsabilidad de que trata la norma atrás citada no estaban reunidos en este caso.

Ahora, si bien en el proceso penal que se le siguió al señor Ortega Contreras no existieron los dos indicios graves de responsabilidad para proferir en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de concusión, menos aún existieron los requisitos sustanciales de que trata el artículo 397 *ibídem* para dictarle resolución de acusación⁸ y, por tanto, para la Sala es claro que tales decisiones no se ciñeron a lo dispuesto por el ordenamiento legal.

Es obvio que la Fiscalía General de la Nación, al proferir las decisiones y medidas que afectaron al citado señor, tenía la obligación de verificar que se satisficieran los requisitos formales y sustanciales para privarlo de la libertad, pero no lo hizo, ya que tales decisiones, como se vio, no contaban con respaldo probatorio alguno.

De conformidad con lo anterior, se encuentra acreditada la falla del servicio en que incurrió la Fiscalía General de la Nación, pues las resoluciones que definieron la situación jurídica y acusaron al sindicado no se ciñeron a la ley, a lo cual se agrega que éste fue exonerado de responsabilidad, por cuanto no se demostró que hubiera cometido delito alguno.

Así las cosas y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación en torno al tema⁹, resulta por completo desproporcionado pretender que se les exija a los demandantes que asuman, como si se tratase de una carga pública que todos los administrados deben asumir en condiciones de igualdad, la privación de la libertad del referido señor.

⁸ "Artículo 397. Requisitos de la resolución de acusación. El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado".

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 16 de julio de 2015 (expediente 38.112), del 30 de marzo y del 31 de agosto de 2016 (expedientes 41.1.47 y 43.376).

Por consiguiente y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que los demandantes no estaban en la obligación de soportar el daño que el Estado les irrogó y que éste debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación a cargo del Estado de resarcir los perjuicios causados.

En casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados, en el asunto *sub júdice*. En cambio, a la parte accionada le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima¹⁰, las cuales no fueron acreditadas en el plenario.

Hechas las anteriores precisiones, se revocará la sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto se demostró que el señor Ortega Contreras fue privado injustamente de la libertad, debido a una falla en la prestación del servicio –error judicial-, imputable a la Fiscalía General de la Nación.

III. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

3.1 Perjuicios morales

Se encuentra acreditado que, para la época de los hechos, César Tulio Ortega Contreras vivía en unión libre con Diana Patricia Casallas Ubaldo¹¹.

Se demostró, asimismo, que Estefanía Ortega Garavito (folio 25, cuaderno 1), Gheraldith Ortega Garavito (folio 26, cuaderno 1), Marlee Yiscela Ortega Infante (folio 29, cuaderno 1), Miguel Ángel Ortega Infante (folio 30, cuaderno 1), César Tulio Ortega Infante (folio 31, cuaderno 1), Juan David Ortega Infante (folio 32, cuaderno 1), María

¹⁰ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 8 de julio de 2009 (expediente 17.517), 15 de abril de 2011 (expediente 18.284) y 26 de mayo de 2001 (expediente 20.299), proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

¹¹ Según los testimonios de José Inocencio Flórez Vergara y Duvian Andrés Agudelo Agudelo, rendidos el 10 de noviembre de 2010 ante el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Barrancabermeja, en cumplimiento del despacho comisorio 2010-0039, librado por el Tribunal Administrativo de Santander (folios 215, 216, 220 a 222, cuaderno 1).

Paula Ortega Garavito (folio 33, cuaderno 1), Sofía Saray Ortega Casallas (folio 34, cuaderno 1) y Danna Cristina Ortega Casallas (folio 35, cuaderno 1) son hijos del acá demandante, que William Ortega Contreras (folio 27, cuaderno 1) y Nancy Inés Ortega Contreras (folio 28, cuaderno 1) son sus hermanos y que Dilan Esneider Ortega Garavito (folio 36, cuaderno 1), Karen Sofía Umaña Ortega (folio 37, cuaderno 1) y Karol Julieth Avendaño Ortega (folio 38, cuaderno 1) son sus nietos.

Si bien se allegó al proceso prueba que indica que el señor Ortega Contreras estuvo casado con Alba Rubiela Infante Corredor (folio 39, cuaderno 1), lo cierto es que ésta no demostró el daño moral que dijo haber sufrido con la privación injusta de la libertad de aquél, lo cual debió haber acreditado, pues, para entonces, ya se encontraba separada del citado señor, quien, como se vio 2 párrafos atrás, convivía con Diana Patricia Casallas Ubaldo.

Al respecto, es preciso señalar que el solo hecho de que se hubiere aportado con la demanda el registro civil de matrimonio del señor Ortega Contreras con la señora Infante Corredor no demuestra que ésta sufrió una afectación con la privación de la libertad de aquél, pues –se insiste–, para entonces la víctima directa del daño convivía con la señora Casallas Ubaldo, circunstancia ésta que desvirtúa la presunción de dolor de la señora Infante Corredor y, por lo mismo, ésta tenía la carga de demostrar que la situación padecida por aquél la afectó y le causó un perjuicio moral, cosa que acá no ocurrió, de modo que la Sala negará los perjuicios por ella reclamados.

De otro lado, Luis Oviedo Contreras, quien alegó la calidad de hermano de la víctima, no demostró el parentesco con ésta y menos aún la calidad de tercero damnificado, de modo que se negarán sus pretensiones.

Está acreditado que el acá demandante estuvo privado de la libertad en un centro carcelario (entre el 1 y el 21 de agosto de 2007) (folios 100 y 109, cuaderno 1) y en su propio domicilio (entre el 22 de estos mismos mes y año y el 11 de julio de 2008 (folios 48 y 129, cuaderno 1).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, en casos de detención domiciliaria o en establecimientos carcelarios, se presume el dolor moral, la angustia y aflicción de la víctima directa del daño¹²; asimismo, dicho dolor se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, conforme a las reglas de la experiencia,

¹² Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002 (expediente 12.076).

tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades¹³; además, la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia del 28 de agosto de 2014 (expediente 36.149)¹⁴, sugirió una guía para la liquidación de este perjuicio inmaterial, que toma como parámetro el tiempo que duró la detención.

Asimismo, la jurisprudencia de esta Subsección ha manifestado que, con el fin de calcular el monto indemnizatorio por perjuicios morales, se debe tener en cuenta qué tipo de medida afectó a la víctima, esto es, si se trató de una privación de la libertad en establecimiento carcelario, detención domiciliaria o si se le impuso una privación jurídica de la misma, pues la indemnización a reconocer frente a una persona que ha sufrido la restricción de su libertad en establecimiento carcelario no será la misma que se le deba reconocer a quien, pese a padecer una restricción de su libertad, no la soportó allí; así, en los casos en que dicha medida se cumple en un centro carcelario, la indemnización será del 100%, mientras que en los casos de privación jurídica de la libertad, ésta deberá reducirse en un 50%¹⁵.

En sentencia del 1 de agosto de 2016 (expediente 39.747), esta Subsección complementó lo dispuesto en la sentencia citada en el pie de página 14 y sostuvo que, en los casos en que la privación de la libertad se cumple en el domicilio, el monto a indemnizar debe reducirse en un 30%.

Ahora, en los casos en que concurren distintas medidas preventivas de privación de la libertad, esto es, privación física y/o domiciliaria y/o jurídica, se deberá cuantificar de manera separada cada período, teniendo en cuenta las reducciones atrás anotadas; pero, si la privación de la libertad se produjo en un centro carcelario y es superior a 18 meses y concurren, a la vez, otras modalidades de restricción de ese derecho fundamental, *“no hay lugar a la referida reducción del quantum indemnizatorio, como quiera que en tales eventos ya se cumple con el límite temporal*

¹³ Sentencia del 20 de febrero de 2.008 (expediente 15.980).

¹⁴ “Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

“Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio”.

¹⁵ Al respecto, ver sentencia del 9 de marzo de 2016 (expediente 34.554), Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A.

*fijado en la unificación jurisprudencial para acceder a la suma sugerida como máximo a reconocer por concepto de perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad*¹⁶.

En el presente caso, como se dejó dicho atrás, dado que el señor Ortega Contreras estuvo privado de la libertad 21 días (0,7 meses) en un centro carcelario y 319 días (10,63 meses) en su propio domicilio, la Sala condenará a la demandada a pagar 15 s.m.l.m.v., por los días de reclusión en el centro carcelario y 56 s.m.l.m.v.¹⁷, por el resto de días que estuvo en privación domiciliaria, para un total a indemnizar de 71 s.m.l.m.v., para cada una de las siguientes personas: César Tulio Ortega Contreras, Diana Patricia Casallas Ubaldo, Estefanía Ortega Garavito, Gheraldith Ortega Garavito, Marlee Yiscela Ortega Infante, Miguel Ángel Ortega Infante, César Tulio Ortega Infante, Juan David Ortega Infante, María Paula Ortega Garavito, Sofía Saray Ortega Casallas y Danna Cristina Ortega Casallas, así como 35,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las siguientes personas: William Ortega Contreras, Nancy Inés Ortega Contreras, Dilan Esneider Ortega Garavito, Karen Sofía Umaña Ortega y Karol Julieth Avendaño Ortega.

3.2 Perjuicios materiales

- Lucro cesante

Los actores solicitaron que se condenara a la Fiscalía General de la Nación a pagar \$12'922.900, correspondientes a los salarios y prestaciones sociales que el señor Ortega Contreras dejó de percibir.

Está acreditado que, el 21 de agosto de 2007, aquél fue suspendido en el ejercicio del cargo, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación y, el 14 de julio de 2008, fue reintegrado (folio 131, cuaderno 1). Consta, asimismo, que la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja, mediante Resolución 681 del 15 de agosto de 2008, ordenó el pago de los salarios y prestaciones que el demandante dejó de percibir durante el tiempo que estuvo suspendido (folios 151 a 155, cuaderno 1).

Cabe precisar, en todo caso, que en cuanto a la medida de suspensión derivada del acatamiento de una orden judicial la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que ella no comporta la extinción del vínculo laboral,

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016 (expediente 42.533).

¹⁷ Según la tabla y los parámetros jurisprudenciales, 10,63 meses de privación de la libertad corresponden a 80 s.m.l.m.v., los cuales, reducidos en un 30%, dan 56 s.m.l.m.v.

toda vez que tal medida consiste en una condición resolutoria que, posteriormente, será determinada con las consecuencias del proceso penal, razón por la cual, en los eventos donde el trabajador resulte favorecido, la suspensión del cargo desaparece de manera retroactiva, debiendo el empleador cancelar los salarios y prestaciones sociales por todo el tiempo que duró la suspensión.

Con fundamento en el anterior criterio, esta Subsección ha considerado:

“En este sentido, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de 25 de enero de 2007¹⁸, al recoger la posición sentada en la sentencia proferida dentro del proceso radicado con el No. 730012331000199613147-01 (IJ-004) señaló:

‘El levantamiento de la suspensión - Efectos.

‘En el momento en que la medida judicial se levante, decisión que la autoridad judicial debe comunicar a la respectiva autoridad administrativa, cesan los efectos de la suspensión.

‘Ahora en eventos como el de autos, en el que el funcionario suspendido no fue condenado, debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante dicha etapa, retrotrayéndose la situación al momento en que fue suspendido del cargo, es decir (sic) como si nunca hubiera sido separado del servicio, y por ende tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir (sic) como si el trabajador efectivamente hubiera prestado el servicio por efectos de la función legal. En otras palabras vuelven las cosas al estado anterior.

‘(...)’.

‘La administración debió reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales correspondientes al término en cuestión, no siendo de recibo el argumento esgrimido por ella en el sentido de que no hubo prestación del servicio, pues ese era el efecto lógico y jurídico del acto de suspensión que expidió y con el cual autorizó, en forma implícita, la no prestación del servicio.

‘Con el levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, de manera que así como se dispuso el reintegro del actor al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal período.

‘Si bien es cierto que la suspensión del actor no fue iniciativa del ente territorial con el que estaba vinculado laboralmente, tal circunstancia no lo releva de su condición de empleador y por ende no lo exonera del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión.’:

¹⁸ Original del texto: radicación 05001-23-31-000-1998-00883-01 (1618-03).

“Este criterio fue reiterado, en sentencia de 22 de marzo de 2012, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, en los siguientes términos¹⁹:

‘De otra parte, advierte la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰ ha sostenido que la decisión judicial de suspender del cargo y en consecuencia el pago de salarios y prestaciones, no implica que la relación laboral haya finalizado, **dicho acto contiene por una parte una condición resolutoria respecto de la vinculación laboral** (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A), **que depende del resultado del proceso y de otra parte una condición suspensiva en relación con el derecho a percibir la remuneración.**

‘En ese orden, cuando la condición resolutoria desaparece su efecto es retroactivo, esto es, desde la fecha en la que se dispuso la suspensión, en consecuencia queda sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos aunque no se haya prestado el servicio. En el momento en que la medida judicial se levante, cesan sus efectos.

‘En casos en los que el funcionario suspendido no fue condenado, el efecto lógico es que debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante el retiro temporal del cargo, su situación debe restablecerse a la que tenía al momento en que fue suspendido, es decir como si no hubiera sido separado del servicio, y en consecuencia tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir que vuelven las cosas al estado anterior.

‘Con el levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, de manera que así como se dispuso el reintegro del actor al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal período.

(...)

‘En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, **la Entidad a la cual estaba vinculado el actor debe asumir tal carga, sin embargo el nominador tiene la posibilidad de repetir contra la Fiscalía General de la Nación, entidad que impartió la orden de suspensión del cargo**’ (Se destaca).

“Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala que **la aspiración indemnizatoria formulada por concepto de los intereses moratorios derivados de los emolumentos dejados de percibir por los** señores Fernando Vera Garavito y Jaime Acevedo Santana, en calidad de **servidores públicos vinculados a la Fiscalía General de la Nación, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, en su carácter de derechos procedentes de una relación laboral administrativa que no tuvo solución de continuidad -pues** como quedó acreditado en el expediente **fueron** efectivamente **reintegrados** mediante Resolución nro. 0207 del 17 de febrero de 2004-, **no pueden ser reclamados con fundamento en la responsabilidad extracontractual deprecada en la demanda, comoquiera que la entidad nominadora es la obligada a su pago,** habida cuenta, se repite, de su naturaleza eminentemente laboral”²¹ (se destaca).

¹⁹ Original del texto: radicación 25000-23-25-000-2003-05439-01(0090-09).

²⁰ Original del texto: Sentencias de 6 de marzo de 1997 (expediente 12.310) y de 25 de enero de 2007 (expediente 1618-03).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016 (expediente 40.182).

En el sub lite, como se dijo atrás, se demostró que al actor le fueron reconocidos y pagados los salarios y prestaciones que dejó de percibir durante el tiempo que fue suspendido de su cargo, de modo que se negará esta pretensión.

3.3 Daño a bienes constitucionalmente protegidos, denominado por los actores como “daño a la vida de relación”

Los actores solicitaron 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos (folio 11, cuaderno 1).

Sobre el particular, es indispensable manifestar que este tipo de perjuicio ha sido objeto de estudio por la Sala en diversas oportunidades; en efecto, en la sentencia del 19 de julio de 2000 (expediente 11.842) se reformuló el concepto del perjuicio fisiológico por la de daño a la vida de relación y allí se precisó que éste *“corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico”*, de modo que *“debe la Sala desechar definitivamente su utilización”*.

Posteriormente, la Sala abandonó la denominación de *“daño a la vida de relación”* y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, bajo el entendido de que, cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que, a su vez, afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral, por lo que aquél no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas²².

Luego, en sentencia del 14 de septiembre de 2011, la Sala dijo:

“(…) que la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de ‘daño corporal o afectación a la integridad psicofísica’ y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007 (expediente 16407).

resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación" (se resalta)²³.

Por último, en sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2014 (expediente 32.988), la Sala dijo que se trata de un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales, que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y que, en casos excepcionales, esto es, cuando el juez considere que aquéllas no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgar una indemnización pecuniaria, única y exclusivamente, a la víctima directa del daño y hasta por 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, al realizar la adaptación correspondiente a la comentada línea jurisprudencial, es claro que la indemnización pedida por "*daño a la vida de relación*" encuadra perfectamente en lo que hoy la jurisprudencia de esta misma Sala reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos.

Según la prueba testimonial que milita en el expediente, la reputación del señor Ortega Contreras y la de su familia quedó en entredicho, al punto que la gente los llegó a tildar "*de tramposos y de torcidos*" (folio 222, cuaderno 1).

Así, para la Sala no hay duda de que los derechos a la honra y al buen nombre de los actores se vieron afectados con la vinculación a un proceso penal y la privación de la libertad de dicho señor, por lo que resulta pertinente privilegiar la medida reparatoria no indemnizatoria y, por consiguiente, es procedente y oportuno ordenar a la Fiscalía General de la Nación que, a fin de resarcir el perjuicio causado a los demandantes, publique en su página web la presente sentencia y dé a conocer, en un periódico de amplia circulación de la ciudad de Barrancabermeja, el sentido de la decisión adoptada por esta Subsección del Consejo de Estado.

3.4 Decisión sobre costas

Teniendo en cuenta que no se dan los supuestos previstos por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, ya que no se demostró que alguna de las partes hubiera actuado temerariamente, la Sala se abstendrá de imponer costas.

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre 2011 (expediente 19031).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar:

a) DECLÁRASE responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación por la falla en la prestación del servicio que condujo a que el señor César Tulio Ortega Contreras fuera privado injustamente de la libertad.

b) CONDÉNASE a la Nación - Fiscalía General de la Nación a pagar, por perjuicios morales, 71 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada una de las siguientes personas: César Tulio Ortega Contreras, Diana Patricia Casallas Ubaldo, Estefanía Ortega Garavito, Gheraldith Ortega Garavito, Marlee Yiscela Ortega Infante, Miguel Ángel Ortega Infante, César Tulio Ortega Infante, Juan David Ortega Infante, María Paula Ortega Garavito, Sofía Saray Ortega Casallas y Danna Cristina Ortega Casallas, así como 35,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las siguientes personas: William Ortega Contreras, Nancy Inés Ortega Contreras, Dilan Esneider Ortega Garavito, Karen Sofía Umaña Ortega y Karol Julieth Avendaño Ortega.

c) ORDÉNASE a la Nación – Fiscalía General de la Nación que, a fin de reparar el daño causado a los bienes constitucionalmente protegidos (la honra y el buen nombre de los actores), publique en su página web la presente sentencia, por el término de 2 meses y dé a conocer, en un periódico de amplia circulación de la ciudad de Barrancabermeja, el sentido de la decisión adoptada por esta Subsección del Consejo de Estado. En dichas publicaciones se deberá omitir el monto de la condena ordenada en este fallo.

d) NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

e) Sin condena en costas.

f) DESE cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia,

conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; para tal efecto, el Tribunal de instancia cumplirá los dictados del artículo 362 del C.P.C.

g) Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA