



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04399-01 (51881)

Actor: OSCAR EDUARDO CABANILLAS PENAGOS

Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, RAMA JUDICIAL-

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen objetivo de responsabilidad – la conducta no constituía hecho punible / CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD A

FAVOR DEL ESTADO - Culpa exclusiva de la víctima – No se acreditó / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – detención domiciliaria, reducción del 30%.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2013, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Con fundamento en un informe emanado del C.T.I, según el cual, en TELECOM se habían presentado una serie de irregularidades en la orden de trabajo No. 76001205-106-96, cuyo objeto consistía en la contratación para el suministro, montaje, conexión y puesta en perfecto funcionamiento de un moto generador eléctrico de 250 KVA, el 5 de marzo de 2001, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali le impuso al actor medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria, como presunto autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El 23 de agosto de 2001, la Fiscalía instructora profirió resolución de acusación en contra del señor Cabanillas Penagos, oportunidad en la que varió la calificación jurídica provisional por el delito de prevaricato por acción. Finalmente, 15 de octubre de 2003, el Tribunal Superior de Cali precluyó la investigación a favor del señor Cabanillas Penagos, por atipicidad de la conducta.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 14 de octubre de 2005 (fls. 163 a 178 c. 1), el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, por conducto de apoderado judicial (fl. 1 c. 1), interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación-Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial-, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad que soportó entre el 5 de marzo y el 27 de agosto de 2001.

En concreto, el demandante solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Que se declare a la Nación colombiana – Rama Judicial del poder público – Fiscalía General de la Nación, administrativamente responsables por la totalidad de los perjuicios morales subjetivos y materiales sucesivos ocasionados al Ingeniero Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, por falla en la administración de justicia en que incurrió la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional, adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de esta ciudad, al vincularlo injustamente al proceso penal radicado bajo el No. 359945-98 y en el que le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, de manera injustificada, la cual se mantuvo vigente desde el 5 de marzo de 2001 hasta el 17 de agosto del mismo año, lo que significa que mi poderdante permaneció privado de su libertad un total de cinco meses y veintidós días, fecha en la cual la misma Fiscalía Noventa y Ocho Seccional, al calificar el mérito de la investigación le otorgó libertad provisional, ya que se le acusó por el punible de prevaricato en calidad de determinador.

SEGUNDO: Que se declare que la Nación colombiana – Rama Judicial del poder público – Fiscalía General de la Nación, es responsable por el funcionamiento inadecuado de la administración de justicia, al proferir una resolución de acusación sin que existiera prueba en su contra e imponerle una medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la misma que derivó de una sesgada interpretación de los hechos, una tipificación errónea de su comportamiento y un profundo desconocimiento de las normas que rodean la contratación cuando se trata de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, esto es, que su contratación se rige por lo establecido en los artículos 13 y 14 de la Ley 142 de 1994, es decir, por las normas del Código Civil.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se hagan las siguientes o similares condenas:

CUARTO: Condénese a la Nación colombiana – Rama Judicial del poder público – Fiscalía General de la Nación, a pagar la máxima indemnización por perjuicios inmateriales o morales tasados en 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sentencia o acuerdo conciliatorio, según lo establecido en los artículos 65 y 69 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, los cuales son desarrollo del artículo 90 de la Constitución Nacional, o lo que determine el Tribunal Contencioso Administrativo, al Ingeniero Oscar Eduardo Cabanillas Penagos por el grave daño que sufrió con la vinculación injusta y privación injusta de la libertad, como consecuencia de la injusta medida de aseguramiento que se le impuso, con lo cual se quebrantó su buen nombre, acarreándole insospechados perjuicios morales y económicos.

QUINTO: Condénese a la Nación colombiana – Rama Judicial del poder público – Fiscalía

General de la Nación, a pagar a favor del Ingeniero Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, los perjuicios materiales por su injusta vinculación y consecuente privación injusta de la libertad producto del proceso penal radicado bajo el No. 359945-98.

Como daño emergente, por los gastos de honorarios pagados al profesional del derecho, abogado Jhon Jairo Marulanda Idarraga, por un total de \$8'000.000, quien fue su defensor en el injusto proceso penal al cual se le vinculó como presunto autor del hecho punible de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales, lo cual le significó una merma en su patrimonio económico.

Como fundamentos fácticos de la demanda se narraron los siguientes:

El 24 de julio de 1996, la Empresa de Nacional de Telecomunicaciones TELECOM suscribió la orden de trabajo No. 76001205-106-96, la cual trataba de la contratación del montaje, conexión, suministro y puesta en funcionamiento de un moto generador de energía de 250 KVA, dentro de la cual el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos fue designado como interventor.

El 5 de marzo de 2001, con fundamento en un informe de la SIJIN sobre irregularidades en los contratos suscritos por TELECOM, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali le impuso al actor medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria, como presunto autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El 23 de agosto de 2001, la Fiscalía instructora calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra del señor Cabanillas Penagos, oportunidad en la que varió la calificación jurídica provisional por el delito de prevaricato por acción en calidad de determinador, en una clara violación del derecho de defensa.

El 15 de octubre de 2003, el Tribunal Superior de Cali precluyó la investigación a favor del señor Cabanillas Penagos, por atipicidad de la conducta.

2.- El trámite en primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia del 16 de noviembre de 2005, respecto de la Nación-Fiscalía General de la Nación-, a la que se notificó en debida forma. Se excluyó de la litis a la Nación-Rama Judicial- (fls. 181 a 182 c. 1).

La Nación-Fiscalía General de la Nación- contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a las pretensiones formuladas por la parte demandante. Como razones de su defensa manifestó que el daño que pudo haber sufrido el actor al ordenarse la medida de aseguramiento en su contra no tenía el carácter de antijurídico, por lo que se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial, toda vez que en la investigación penal existían pruebas sobre su responsabilidad en el delito celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, tales como el informe No.00335-99 de 29 de septiembre de 1999, por medio del cual los funcionarios de policía judicial pusieron en conocimiento de la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali la existencia de varias irregularidades en los contratos suscritos por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (fls 205 a 210 c. 1).

El 26 de abril de 2007, se abrió el proceso a pruebas y mediante auto del 15 de agosto de 2013, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 221 a 221; 435 c. 1).

Las parte y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal (fl. 436 c. 1).

3.- La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 31 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, por considerar que el señor Cabanillas Penagos, en calidad de interventor del contrato objeto de la conducta punible, teniendo conocimiento de los problemas técnicos, financieros y jurídicos que afectaban la ejecución de la planta de energía, autorizó pagos parciales hasta del 90% a favor del contratista, sin que el moto generador se hubiera puesto en perfecto estado de funcionamiento, tal como lo estipulaba el contrato.

Explicó que, de conformidad con las normas de procedimiento penal vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali contaba con más de dos indicios graves de responsabilidad, en razón a la calidad y labor de interventor que desempeñaba el señor Cabanillas Penagos, la cual le permitía tener fácil acceso a la documentación relativa al contrato, pudiendo manipular o alterar el

acervo probatorio imprescindible para esclarecer los hechos de la posible ocurrencia de la conducta punible (fls. 437 a 457 c. ppal).

4. El recurso de apelación

En la sustentación del recurso de apelación, la parte actora manifestó que existió un ilegal procedimiento de la Fiscalía General de la Nación en contra del señor Cabanillas Penagos, quien desde el inicio de la investigación denunció las irregularidades que se estaban presentando por parte de algunas personas que se involucraron en el contrato y querían que tales anomalías se asociaran a unos problemas de orden técnico, cuando lo que realmente existió fueron calumnias en su contra.

Sostuvo, adicionalmente, que se ignoró el informe preliminar que la Contraloría Departamental del Valle del Cauca emitió sobre la investigación que realizó por el mismo caso, en el cual exoneró de responsabilidad al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos de la comisión de cualquier delito contra de la empresa o el Estado (fls. 462 a 463 c. ppal).

5. El trámite en segunda instancia

El 20 de junio de 2014, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, el cual fue admitido por esta Corporación mediante auto del 5 de septiembre de 2014. Posteriormente, mediante providencia del 3 de octubre siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 479; 486; c. ppal).

En sus alegatos, la Nación-Fiscalía General de la Nación- sostuvo que la medida de aseguramiento de que fue objeto el actor no podía tildarse de injusta, toda vez que estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental, ajustándose la providencia que la determinó a las exigencias tanto de forma como de fondo que prevé la ley penal como quiera que existían más de dos indicios graves de responsabilidad en contra del señor Cabanillas Penagos (fls. 501 a 507 c. ppal)

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se revocara el fallo de primera instancia y se accediera a las súplicas de la demanda, en consideración a que la Fiscalía General de la Nación partió de una falsa presunción para fundamentar la medida restrictiva de la libertad del actor, esto es, en una denuncia que el mismo formuló ante la misma entidad investigativa, la Contraloría General de la República y la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, las cuales exoneraron de toda responsabilidad al señor Cabanillas Penagos.

Añadió que fue necesario que transcurrieran 5 meses y 22 días para que la misma Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali concediera la libertad condicional al actor y, posteriormente, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cali declarara la preclusión de la investigación y ordenara su archivo definitivo, lo cual constituía una falla del servicio que generó al aquí demandante una carga que no estaba obligado a soportar (fls. 508 a 514 c. ppl).

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1.- Prelación de fallo

Mediante acta No. 10 del 25 de abril de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado definió que los eventos de privación injusta de la libertad podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno respectivo, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

2.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 31 de octubre de 2013,

habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo considerado por la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

3.- El ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad².

En el expediente reposa la providencia del 15 de octubre de 2003, por medio de la cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali revocó la resolución de acusación que por el delito de prevaricato por acción se dictó en contra del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos y, en su defecto, precluyó la instrucción a su favor. En la misma providencia, se dispuso el archivo definitivo de las diligencias y se determinó que se notificara la providencia a los sujetos procesales con la advertencia de que contra la misma no procedía recurso alguno.

¹ Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En esas condiciones, el término de caducidad debe contabilizarse desde la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión del 15 de octubre de 2003, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación. No obstante, como en el expediente no obra prueba de la constancia de ejecutoria de esa decisión, la Subsección aplicará el artículo 331³ del Código de Procedimiento Civil, que establecía que las providencias quedaban ejecutoriadas y en firme tres días después de notificadas, cuando carecían de recursos⁴.

Obra en el proceso la certificación suscrita por la Sección de Notificaciones del Tribunal Superior de Cali (fl. 432 c.1), según la cual, la providencia del 15 de octubre de 2003 fue notificada al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos el 21 de octubre de 2003, por lo que en aplicación de lo dispuesto en la mencionada norma, la misma quedó en firme el 24 de octubre de 2003 y, dado que la demanda se formuló el 14 de octubre de 2005 (fl. 178 rvso. c. 1), resulta que la acción se ejercitó dentro del término previsto para ello.

4. La legitimación en la causa

Respecto del demandante Oscar Eduardo Cabanillas Penagos se tiene que fue la víctima directa del daño alegado y, por tanto, la persona privada de la libertad, lo que permite concluir que cuenta con legitimación en la causa por activa.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se verifica que el daño que se invoca en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que corresponden a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a la cual se acusa de ser las causante de los daños cuya indemnización reclama la parte actora, por tanto, se encuentran legitimada como parte demandada en el asunto de la referencia.

³ARTÍCULO 331. EJECUTORIA. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva.

“Las sentencias sujetas a consulta no quedarán firmes sino luego de surtida esta” (Negrilla fuera del texto).

⁴ En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2017, expediente 42121. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

5. Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Reiteración de Jurisprudencia

Acerca de los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia reiterada a partir de la interpretación y el alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal– y del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

De manera general la Jurisprudencia de la Sala ha acudido a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación de daño especial y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a 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 sindicado no lo cometió y/o *iii)* la conducta no constituía hecho punible, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso se deberá aplicar un régimen subjetivo de responsabilidad⁵.

De igual forma, de conformidad con la posición asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de que la absolución se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal de *in dubio pro reo*⁶.

Por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva.

Todo lo expuesto con antelación se encuentra reiterado en las sentencias de unificación que ha proferido la Sala Plena de la Sección Tercera, así:

En pronunciamiento del 6 de abril de 2011, expediente 21.653, se sostuvo que el Estado es responsable de los daños ocasionados a una persona que es privada injustamente de la libertad y posteriormente es absuelta en virtud de los supuestos previstos en el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal y en la Ley 270 de 1996.

Ahora bien, cabe aclarar que con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, quedó derogado el Decreto 2700 de 1991 y, por ende, el artículo 414 de dicha disposición. No obstante, en relación con los eventos señalados en esa norma hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pero con fundamento en el artículo 90 de la Constitución, norma que establece el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de reproche penal alguno, sufre un daño de esa naturaleza.

Posteriormente, mediante sentencia proferida el 17 de octubre de 2013, expediente 23.354, se precisó que, además de los supuestos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y de la Ley 270 de 1996, también es responsable el Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación injusta de la libertad de una persona cuando es absuelta por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Bajo esta óptica, la Sala procederá al análisis del caso concreto.

6. Problema jurídico

La Sala debe determinar si la privación de la libertad que soportó el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, en el marco del proceso penal seguido en su contra, inicialmente, por el delito de celebración indebida de contrato y, posteriormente, por el delito de prevaricato por acción, constituye una detención injusta que compromete la responsabilidad de la Nación-Fiscalía General de la Nación-. En caso de comprobarse lo anterior, se estudiará la indemnización de perjuicios.

6.1.- El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada, Nación-Fiscalía General de la Nación-.

En el caso concreto, el daño alegado es la afectación a la libertad del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, durante el tiempo que estuvo privado de esta en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de celebración indebida de contrato, por el cual se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria.

La Sala considera que no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos estuvo privado de la libertad en detención domiciliaria en el período comprendido entre el 5 de marzo y el 27 de agosto de 2001 -5 meses y 22 días-.

Lo anterior se tiene acreditado con la Resolución No. 032 de 5 de marzo de 2001, dentro del proceso penal radicado con el No. 359945, mediante la cual la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali le impuso al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria,

como responsable del delito denominado contrato sin cumplimiento de requisitos legales (fls 2 a 44 c. 2).

En el mismo sentido, obra la Resolución No. 115 de 23 de agosto de 2001, mediante la cual la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali profirió resolución de acusación en contra del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, esta vez, como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción. En esta providencia se revoca la resolución que le impuso la detención domiciliaria y, como consecuencia, se dispuso que se oficiara al DAS a fin de que permitiera su salida del país (fls 62 a 106 c. 1).

La anterior resolución fue aclarada mediante providencia del 27 de agosto de 2001, en el sentido de que la revocatoria de la resolución de 5 de marzo de 2001, por medio de la cual se resolvió la situación jurídica del actor, era parcial, toda vez que se mantenía la medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, respecto de la cual, igualmente, se le concedió la libertad provisional, debiendo suscribir para ello la correspondiente diligencia de compromiso (fls. 107 a 111 c. 1).

Cabe reiterar que la restricción de la libertad a la cual fue sometido el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos no fue intramuros, toda vez que la medida impuesta fue la de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria, la cual se prolongó entre el 5 de marzo y el 27 de agosto de 2001, esto es, 5 meses y 22 días.

6.2. La imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este es imputable o no a la entidad demandada, aspecto que constituye el núcleo del recurso de apelación formulado. Se recuerda que, a juicio de la parte actora se debía declarar la responsabilidad de la Nación-Fiscalía General de la Nación-, por haberlo vinculado injustamente a la investigación penal y haberle impuesto la medida de aseguramiento.

El presente caso estaba gobernado por la Ley 600 de 2000, la cual en su artículo 39 establecía que en cualquier momento de la investigación en que apareciera demostrado que la conducta no existió o que el sindicado no la cometió, o que era

atípica, o que estaba demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declararían precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declararían la cesación del procedimiento cuando se verificaran durante la etapa del juicio⁷.

El artículo 354 de la misma ley disponía que en los delitos en los cuales resultara procedente la medida de aseguramiento debía resolverse situación jurídica, es decir, en aquellos en los que se verificaran las condiciones del artículo 357 ibídem, esto es, que tuvieran una pena igual o superior a 4 años de prisión.

De igual manera, en el artículo 356 de la misma codificación se consagraron los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, así:

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.

Por su parte, el artículo 354 establecía que el sumario se calificaba profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción.

⁷ “Artículo 39. Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio”.

En el párrafo del artículo 357 se estableció que la detención preventiva podría ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

Bajo estas normas se rigió el procedimiento que se adelantó en contra del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, del cual se destacan las siguientes actuaciones:

El 5 de marzo de 2001, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali le impuso al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria como presunto autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. La anterior decisión se fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones:

Con fundamento en el informe de policía judicial 0335-99 MT 0121-99, emanado del Cuerpo Técnico de Investigaciones, de acuerdo con comisión que le entregara la unidad denominada Estructura de Apoyo de esta ciudad, se logró establecer que al interior de la empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, del sur occidente, se había realizado orden de trabajo No. 76001205-106-96, la cual trataba fundamentalmente de la contratación para el suministro, montaje, conexión, puesta en perfecto funcionamiento de un moto generador de 250 KVA y los accesorios y acometida que implicaba la instalación del mencionado equipo.

(...)

Se logró establecer que inicialmente había sido asignado como interventor en la obra el ingeniero Harold Molina, pero tal circunstancia fue revocada, optando por el hoy sindicado Oscar Eduardo Cabanillas, a quien se le informa el día 9 de agosto de 1996, su nombramiento como interventor de la orden de trabajo en cuestión.

(...)

El interventor OSCAR EDUARDO CABANILLAS (interventor), al hacer la defensa del contratista, se defendía así mismo, pues justificó ampliamente la aptitud del particular, por la conducta asumida por los Ingenieros EMIGDIO SANDOVAL y MIGUEL ÁNGEL ZEA, argumentando que por esta situación la obra había quedado definitivamente paralizada, hecho que como hemos visto, no es cierto, porque no fue esa la razón por la cual se paralizó la ejecución de la planta, sino en virtud de los problemas técnicos, financieros y hasta jurídicos que fueron ampliamente expuestos en su informe por el Ingeniero BRAULIO MONTENEGRO, en ese entonces Coordinador del Grupo de Energía de la Gerencia Departamental de Nariño.

(...)

No podemos estar de acuerdo con OSCAR EDUARDO CABANILLAS, en el sentido de que el contratista fue retirado de la obra, toda vez que fueron los inconvenientes de orden técnico y hasta financieros los que no le permitieron al contratista llevar a cabo la ejecución de motogenerador y fue esta situación la que empantanó la obra.

Nadie discute que OSCAR EDUARDO CABANILLAS, ha enviado oficios a diferentes entidades de TELECOM, buscando una solución al asunto, incluso ha acudido a entes de control como la Procuraduría para que investiguen su conducta en el caso, pero todo este derroche de energía surge tiempo después de que los hechos fundamentales de la pérdida o deterioro del equipo por falta de ejecución se presentaron.

El mayor reproche para el interventor en este caso, radica en que autorizó los pagos parciales al contratista hasta en un 90%, sin que la planta se hubiese puesto en perfecto estado de funcionamiento como lo dice el contrato y además era su obligación, percatarse igualmente de la elaboración del estudio previo, incluso de la importación del costoso aparato, presentándose de contera la falta de cubrimiento de la garantía otorgada por el fabricante de la planta eléctrica, debido al tiempo transcurrido, ósea que como el mismo interventor lo admite en su injurada, ni siquiera se pudo probar si la planta se encontraba en buen estado y cumplía con las especificaciones técnicas del constructor.

El artículo 53 del Estatuto de Contratación, establece como responsabilidad de los INTERVINIENTES, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, así como por hechos u omisiones que le fueron imputables y que causen daño y perjuicio a las entidades, hechos derivados de la celebración y ejecución de los contratos donde haya ejecutado funciones de interventoría, y es claro que en este caso OSCAR EDUARDO CABANILLAS, inobservó lo previsto en el artículo 27 del Estatuto de Contratación, pues no se mantuvo la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones que surgieron del contrato, al ordenar los pagos parciales al contratista como se ha dejado dicho.

El interventor OSCAR EDUARDO CABANILLAS debe responder a nivel indiciario por el punible denominado CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, de que trata el artículo 146 del Código Penal, que fue modificado por la Ley 190 de 1995 y por el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el cual trae una pena de prisión de 4 a 12 años y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La medida de aseguramiento a imponerle al señor Oscar Eduardo Cabanillas, es la denominada detención preventiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 397, numeral 2 del C.P.P, que se sustituirá por la domiciliaria, ya que se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos de que trata el artículo 396 del C.P.P. (fls. 2 a 44 c. 1).

El 23 de agosto de 2001, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra del señor Cabanillas Penagos, como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción, para lo cual reprodujo los mismos argumentos que utilizó para imponerle la medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria. Respecto de la situación del actor, la referida providencia varió la calificación jurídica provisional al delito de prevaricato por acción, con fundamento en los siguientes argumentos:

Ahora bien, así las cosas, se readecuara la calificación jurídica provisional que se había impuesto en la medida de aseguramiento al interventor señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, para en su lugar, considerar que debe responder por ser autor responsable del delito de prevaricato por acción, a que alude el Decreto 100 de 1980, en su artículo 149 modificado por la Ley 190 de 1995 en su artículo 28,

norma esta que fue derogada, pero que en razón al principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 de nuestra Constitución Política, se le aplicará como norma más favorables a sus intereses.

Imparjuntamente debemos reiterar que con la entrada en vigencia del nuevo código de procedimiento penal, nos percatamos que en el listado previsto por el artículo 357 de dicho estatuto, no se encuentra el tipo penal de prevaricato por acción, y en ese sentido, no procede la medida de aseguramiento para el sindicado, por lo que de contera, se deberá revocar parcialmente en lo que a él compete la resolución interlocutoria No. 32 de 5 de marzo de este año, por lo cual, esta oficina le impuso tanto a OSCAR EDUARDO CABANILLAS PENAGOS como a MIGUEL ÁNGEL ZEA, detención preventiva por un delito del cual ahora reelaboraremos la calificación jurídica provisional; es decir, se deberá entonces revocar el numeral segundo de la resolución interlocutoria mencionada en su totalidad o integridad y en ese mismo sentido se habrá de revocar en su integridad el numeral tercero de la misma resolución interlocutoria distinguida con el No. 32 del 5 de marzo del presente año.

Igualmente se revocará la resolución interlocutoria No 047 del 23 de marzo del presente año, por medio de la cual se adicionó la interlocutoria No. 032 de 5 de marzo de este mismo año. En su numeral 1, para lo cual, se oficiara al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, Sesión Emigración, a efectos de que se les permita la salida del país a los señores MIGUEL ÁNGEL ZEA y OSCAR EDUARDO CABANILLAS PENAGOS.

(...)

En ese sentido tenemos que el sindicado OSCAR EDUARDO CABANILLAS PENAGOS, autorizó pagar los anticipos al contratista MIGUEL ÁNGEL ZEA, como se observa a folios 29, 30, 31, 32, 33 y siguientes del cuaderno original No. 1, hasta en un 90% del total de la obra, violando con ello lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en su único párrafo.

(...)

Por todo lo anterior entonces observamos que se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 397 del nuevo código de procedimiento penal, para proferir en contra del sindicado OSCAR EDUARDO CABANILLAS, resolución acusatoria como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción, tal como se ha analizado anteriormente (fls. 355 a 400 c. 1).

El 27 de agosto de 2001, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali aclaró la resolución calificatoria del 23 de agosto de 2001, en el sentido de que la revocatoria de la resolución que definió la situación jurídica era parcial, toda vez que se mantenía la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del señor Cabanillas Penagos, como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción. Igualmente, adicionó la resolución calificatoria, en el sentido de otorgarle la libertad provisional, previa suscripción de la correspondiente diligencia de compromiso, con fundamento en los siguientes argumentos:

En efecto la nueva calificación jurídica dada al comportamiento desplegado por los sindicados OSCAR EDUARDO CABANILLAS PENAGOS y MIGUEL ÁNGEL ZEA, se encuentra en la lista puntualizada del artículo 357 del nuevo código de

procedimiento penal, como aquellas conductas contra las cuales procede la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cosa distinta es que conforme lo establecido en el artículo 365 del nuevo código de procedimiento penal, que trata de las causales de libertad provisional, en su numeral 1, se establezca que, cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la pena, procede la libertad provisional, lo cual, concordado con lo previsto en el artículo 63 del código penal, que trata de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es aplicable en este caso para los señores OSCAR EDUARDO CABANILLAS y MIGUEL ÁNGEL ZEA, el subrogado mencionado, toda vez que el estatuto punitivo o ley 599 de 2000, preceptúa lo siguiente:

(...)

Como quiera entonces que el delito de prevaricato por acción, que consagra el artículo 149 del Decreto 100 de 1980 modificado por la ley 190 de 1995, en su artículo 28, consagraba una pena de prisión de 3 a 8 años, se observa entonces que se cumple con el primer presupuesto del artículo 63 del actual código penal, es decir, el requisito objetivo referente a la punibilidad.

Por otra parte, en relación con el requisito subjetivo que se encuentra en el numeral 2 del artículo 63 de la ley 599 de 2000, se analiza que no existe la necesidad de la ejecución de la pena en virtud de que de acuerdo con la injerencia que se desprende de las diligencias de indagatoria de los encartados OSCAR EDUARDO CABANILLAS y MIGUEL ÁNGEL ZEA, nos hace presumir de que en ellos no se hace necesaria la ejecución efectiva de la pena.

Por lo anterior, y de acuerdo con lo indicado por el numeral 1 del artículo 365 del nuevo código de procedimiento penal, en concordancia con el artículo 63 del código penal, tanto OSCAR EDUARDO CABANILLAS como MIGUEL ÁNGEL ZEA, son derechosos a la libertad provisional, con base en la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

(...)

Así las cosas se corregirá la resolución calificatoria No. 115 del 13 de agosto del presente año, en el sentido de que la revocatoria a que hace mención el numeral segundo de la mencionada resolución, es parcial, en la medida en que se mantiene la medida de aseguramiento de detención preventiva, en contra de los procesados OSCAR EDUARDO CABANILLAS y (MIGUEL ÁNGEL ZEA, por el presunto delito de prevaricato por acción, conforme lo previsto en los artículos 357 numeral 2, 355 y 356 del nuevo código de procedimiento penal, toda vez que cada una de las actas de liquidación parcial que significó el pago del 90% de lo contratado y más exactamente el acta que obra a folios 30 a 31 del cuaderno original No. 1, constituyen la prueba directa de la responsabilidad de los procesados en este asunto.

Igualmente se adicionará la resolución calificatoria No. 115 del 23 de agosto del presente año, en su parte resolutive, con un numeral denominado decimotercero, en el sentido de que OSCAR EDUARDO CABANILLAS y MIGUEL ÁNGEL ZEA, son derechosos a la libertad provisional prevista en el artículo 356 numeral 1 del nuevo código de procedimiento penal, para lo cual se tendrá como caución, la misma que depositaron al momento en que se les definió la situación jurídica (fls. 107 a 111 c. 1).

El 15 de octubre de 2003, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali revocó la resolución de acusación en contra del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos,

como presunto autor del delito de prevaricato por acción, en consideración a la atipicidad de la conducta investigada. La decisión se apoyó en el siguiente raciocinio:

Recordemos, que luego de estudiarse y acreditarse la necesidad de la obra a contratar, de realizarse los estudios de factibilidad por una empresa consultora y de invitarse a varias firmas para que hiciesen las cotizaciones respectivas, optándose por la más favorable a los intereses de la entidad, se celebró el contrato respectivo en la modalidad de orden de trabajo, entre el Dr. Humberto Calero, como Gerente Regional de TELECOM y el señor Miguel Ángel Zea, en calidad de contratista, para el suministro, montaje, conexión y puesta en funcionamiento de un motogenerador de energía, en un área del edificio donde funciona la empresa de telecomunicaciones, iniciándose la ejecución de la obra en la forma acordada, con la interventoría de un funcionario de TELECOM, más concretamente OSCAR EDUARDO CABANILLAS, quien autorizó el anticipo del 50% sobre el valor total del trabajo, según lo acordado, terminándose con la construcción de las obras civiles, o sea, de la adecuación del espacio donde iba a instalarse la planta generadora de energía, para lo cual se hizo necesario autorizar otro anticipo del 40% sobre el 50 restante, a efectos de cancelar los gastos de importación y nacionalización del motogenerador que efectivamente fue traído hasta el sitio donde debía ser instalado. Hasta ese momento la ejecución de la orden de trabajo se desarrollaba normalmente, de acuerdo a lo convenido, por lo que podía afirmarse que se cumplía a cabalidad con los principios que rigen los contratos donde interviene algún ente estatal, es decir los de la transparencia, economía y responsabilidad, actuación que no permitía, de ninguna manera, hacerles algún tipo de reproche a quienes intervinieron en la celebración y ejecución del referido convenio, ni de carácter civil, administrativo o penal, como alguna vez determinó el señor Fiscal instructor, es decir, en el momento de resolver la situación jurídica de los implicados, donde sin mayores elementos de juicio, percibió la existencia de irregularidades que según su criterio trascendían de la frontera administrativa y se ubicaban en el campo del derecho penal, cuando en verdad, hasta el momento antes referido, es decir, hasta cuando se pretendió instalar la planta, no se había presentado absolutamente ninguna anomalía que permitiera llegar a esa deducción, por lo menos imputable a los contratantes y al interventor, a quienes se les dictó medida de aseguramiento en el entendido de que habían incurrido en el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, no obstante, haberse demostrado, a través de la instrucción, de que se habían dado todos los pasos legales necesarios para la formalización de dicho convenio, pues contrario a lo expuesto por el funcionario de instancia, si se habían realizado los estudios técnicos, financieros y jurídicos pertinentes, previos a la firma de la orden de trabajo, hasta el punto de que para tales efectos se había contratado a una empresa consultora experta en el ramo y el Gerente de la época, Doctor Calero Hurtado, había delegado en sus asesores técnicos, el estudio pertinente, hasta el punto de que fueron estos quienes, de común acuerdo con los expertos de la empresa consultora, los que escogieron el sitio donde, según su leal saber y entender, precedido del estudio de factibilidad correspondiente, debía funcionar el motogenerador sin mayores inconvenientes y con menores costos.

O sea, que las circunstancias en las cuales fundamentó el Fiscal cognoscente su decisión inicial de afectar con medida de aseguramiento a los implicados, cuya situación hoy tratamos, carecía de fundamento factico y jurídico, pues no era cierto que se hubiesen cometido múltiples irregularidades en la celebración y ejecución inicial de la aludida orden de trabajo.

El inconveniente que surgió a última hora y que llevó a la paralización de la obra en el momento en que debían hacerse las conexiones necesarias y ponerse en funcionamiento el motogenerador, obedeció a la opinión o concepto de los encargados de la sección de larga distancia, es decir, a los Doctores Emigdio

Sandoval y Héctor Lenis, según el cual, la instalación de la planta podría traer sobrecalentamiento del sector donde esta iba a funcionar, lo que, según su particular criterio, colocaría en riesgo otros equipos que también se hallan instalados en el sótano del edificio. Esta situación debidamente demostrada se convirtió en el motivo por el cual no se liquidó el contrato, por lo que la misma en ningún momento podía atribuírsele ni al contratista ni al contratante y menos aún al interventor o nuevo gerente, quienes llegaron después de la escogencia del sitio, que como ya se dejó establecido, fue seleccionado entre tres opciones, por los técnicos de TELECOM designados para ello y la firma consultora.

(...)

En conclusión, por el ángulo que se examine, en el caso presente nunca pudo darse un delito de prevaricato por acción, menos aun endilgable al interventor OSCAR EDUARDO CABANILLAS PENAGOS, quien ni siquiera podía ser tenido como sujeto activo de dicho ilícito, lo que de contera también exime de responsabilidad al contratante Miguel Ángel Zea, pues si no se configuró el ilícito, no se le puede atribuir una supuesta determinación a este último, aparte que la solicitud de anticipo por él realizada, acordada con el interventor y finalmente pagada por el ordenador del gasto, la justificó plenamente, cumpliendo además con lo pactado, al importar y legalizar el ingreso al país de la planta eléctrica que debía instalar, lo que finalmente no se hizo, no por causas a él atribuibles, sino por la férrea oposición de otros funcionarios de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, quienes impidieron que cumpliera su cometido.

Todas las situaciones antes analizadas, examinadas insularmente o en conjunto, nos llevan a la indubitable conclusión, que la acusación por el delito de prevaricato por acción, realizada por la Fiscalía de primera instancia contra el interventor OSCAR EDUARDO CABANILLAS y el contratista MIGUEL ÁNGEL ZEA, carece de fundamento legal, puesto que la conducta que a estos se les reprocha no fue típica ni el delito de prevaricato por acción, ni ningún otro, ya que su actuación en la celebración y ejecución de la orden de trabajo, tantas veces referida, se desarrolló dentro de los parámetros señalados en la Ley, siendo ellos los menos indicados en ser llamados a responder por una situación que aunque causó perjuicio a la empresa estatal, no fue provocada por ninguna acción u omisión suya, como equivocadamente lo señaló en alguna oportunidad el señor Fiscal de primera instancia, razón por la que se revocará la resolución acusatoria que contra ellos se dictó y en su lugar se precluirá la instrucción, al no configurarse alguna infracción a la Ley penal que pueda atribuírseles (fls. 402 a 430 c. 1).

Las circunstancias probatorias descritas evidencian que el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos fue vinculado por la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali a una investigación penal por el delito denominado contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dentro de la cual se le impuso el 5 de marzo de 2001, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria.

La anterior investigación, tuvo fundamento en un informe de policía judicial emanado del C.T.I, según el cual, en la empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, se habían presentado una serie de irregularidades de tipo técnico, financiero y jurídico en la orden de trabajo No. 76001205-106-96, cuyo objeto consistía en la contratación para

el suministro, montaje, conexión y puesta en perfecto funcionamiento de un moto generador eléctrico de 250 KVA.

Lo que se le reprocha al señor Cabanillas Penagos es que, en su condición de interventor de la aludida obra, autorizó pagos parciales al contratista hasta de un 90%, sin que la planta eléctrica se hubiese puesto en perfecto estado de funcionamiento como lo estipulaba el contrato, además de que le asistía las obligaciones de percatarse de la elaboración del estudio previo y de supervisar la importación del motogenerador, lo cual, a juicio de la Fiscalía, nunca ocurrió.

Al momento de calificar el mérito del sumario, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali profirió el 23 de agosto de 2001 resolución de acusación en contra del actor, pero, varió la calificación jurídica provisional por el delito de prevaricato por acción, para lo cual, reprodujo los mismos argumentos expuestos al momento de resolver la situación jurídica del señor Cabanillas Penagos con detención domiciliaria.

En esta providencia, la Fiscalía instructora incurrió en un error, toda vez que indicó que por el delito de prevaricato por acción no procedía la medida de aseguramiento y, por tanto, determinó que se revocara la medida de aseguramiento de detención domiciliaria. Adicionalmente, ordenó que se oficiara al DAS, Sección Emigración, a efectos de que se le permitiera al actor la salida del país.

En vista de lo anterior, el 27 de agosto de 2001, la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali aclaró la resolución calificatoria, en el sentido de que, por el delito de prevaricato por acción sí procedía la medida de aseguramiento de detención preventiva, no obstante lo cual, de todas maneras, procedía la libertad provisional, toda vez que el referido delito tenía establecida una pena inferior a 4 años y no se hacía necesaria, en el caso del señor Cabanillas, la ejecución de la pena.

Finalmente, se tiene acreditado que, mediante resolución de 15 de octubre de 2003, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali revocó la resolución de acusación en contra del demandante, como presunto autor del delito de prevaricato por acción, en consideración a la atipicidad de la conducta investigada, toda vez que, contrario a lo expuesto por la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali, sí se habían realizado los estudios técnicos, financieros y jurídicos pertinentes, se cumplió con lo pactado, al importar y legalizar el ingreso al país de la planta eléctrica que se debía instalar y porque los anticipos, si bien fueron acordados con el interventor, no fueron pagados por el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, por no tener facultades de ordenador del

gasto, de quien, se dijo, además, que ni siquiera debió haber sido tenido como sujeto activo de dicho ilícito.

Se precisó, igualmente, que el motivo por el cual no se liquidó el contrato, obedeció a que la instalación de la planta podría traer sobrecalentamiento, lo que pondría en riesgo otros equipos que también se hallaban instalados en el sótano del edificio donde iba a funcionar, circunstancia que no podía resultarle atribuible al interventor, dado que su actuación en la celebración y ejecución de la orden de trabajo, se desarrolló dentro de los parámetros señalados en la ley.

Así las cosas, la preclusión de la investigación a favor del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos obedeció a la atipicidad de la conducta por la cual fue investigado, es decir no constituía un delito, supuesto que, en todo caso, y de conformidad con la jurisprudencia unificada y reiterada de esta Sección, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad, calificación que por sí sola impone la concerniente obligación para el Estado de resarcir los perjuicios causados.

En tales condiciones, es evidente que la privación de la libertad del señor Cabanillas Penagos configuró para él un verdadero daño antijurídico, toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación a su libertad impuesta en razón de las decisiones adoptadas por la Fiscalía General de la Nación, que le impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria y profirió resolución de acusación en su contra, mucho menos cuando dicha detención se dio en el marco de un proceso adelantado por una conducta que, a la postre, se determinó que era atípica, pues, como quedó visto, en el caso concreto la detención domiciliaria existió y se cumplió a instancias de la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali, hasta que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali decidió precluir la investigación a su favor porque su conducta no constituía un hecho punible, todo lo cual comprometió la responsabilidad del Estado bajo el título de daño especial, en aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política.

Sobre el particular, debe decirse que en casos como este no corresponde a la parte actora demostrar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues una decisión de la administración de justicia, adoptada por la Fiscalía General de la Nación, determinó que el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos debía padecer la limitación de su libertad, circunstancia

que se prolongó hasta cuando le fue concedida la libertad provisional y, posteriormente, se precluyó la investigación a su favor, por atipicidad de la conducta por la cual fue procesado.

Ahora bien, en lo que concierne a la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, dispone que la culpa exclusiva de la víctima se configura “*cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley*”, mientras que el artículo 67 de la misma normativa prevé que el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado, cuando esta se produzca en virtud de una providencia judicial.

En materia de privación injusta, se ha sostenido que cuando la actuación del procesado fue de tal magnitud que justificó la actuación judicial, particularmente en lo que atañe a la restricción de su libertad, es posible concluir que el daño irrogado proviene de la propia víctima, aun cuando no hubiere sido condenado por el juez penal.

Dicho de otra manera, no toda absolución en un proceso penal deviene en responsabilidad patrimonial del órgano judicial, puesto que cuando la investigación tuvo sustento probatorio y de ella se pudo desprender la posible participación del sindicado en el delito, es la conducta de la víctima la causante del daño, sin perjuicio de que, en sede de la justicia ordinaria, se hubiere proferido sentencia absolutoria⁸.

La jurisprudencia de esta Corporación⁹ ha definido los parámetros que se hacen necesarios para considerar la presencia en un determinado evento del hecho de la víctima como eximente de responsabilidad. Sobre el particular, la Sala ha expresado

En materia de responsabilidad del Estado por el daño de los agentes judiciales, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- establece que el daño se entenderá causado por la culpa exclusiva de la víctima cuando se encuentre acreditado que esta actuó con culpa grave o dolo o no haya interpuesto los recursos de ley.

⁸ Al respecto puede consultarse la sentencia del 9 de julio de 2014, expediente: 38438. C.P. Hernán Andrade Rincón y la sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463. C. P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de noviembre del 2017). C.P: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

Para identificar los conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia¹⁰ ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil¹¹, de los cuales se extrae que el primero corresponde con un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

La Corporación ha establecido que la declaratoria de culpa exclusiva de la víctima obliga a que se examine si el proceder –activo u omisivo– de quien predica la responsabilidad del Estado tuvo injerencia en la generación del daño. De ser así, corresponde examinar en qué medida la acción u omisión de la víctima contribuyó en el daño. Puntualmente, esta Sección sostuvo¹²:

‘Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.

(...)

‘Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

‘De igual forma, se ha dicho:

¹⁰ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17.933, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27.414, M.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 2 de mayo de 2016, exp. 32.126, M.P. Danilo Rojas Betancourth, reiteradas por la sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 41.601, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹¹ “Artículo 63. Clases de culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

¹² Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente No. 38438. C.P: Hernán Andrade Rincón.

“... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

“Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal (...)”¹³.

En asuntos como el analizado, se entiende configurada la culpa de la víctima cuando se establece que el afectado con la medida de aseguramiento 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 la privación de la libertad, sin importar que con posterioridad sea exonerado de responsabilidad.

En ese orden de ideas, conviene aclarar que en el presente asunto no se probó que el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos hubiere incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa, puesto que en relación con tal demandante, ni siquiera se acreditó que la conducta por él desplegada constituyera un delito, tal como se pregonó en la providencia que le impuso la medida de aseguramiento de detención domiciliaria. De lo que se narra en la providencia que precluyó la investigación a su favor, lo único que se encuentra demostrado fue que la actuación del demandante en la celebración y ejecución de la orden de trabajo, se desarrolló dentro de los parámetros señalados en la ley, a lo que debe agregarse que, en las demás providencias penales, se afirmó que el mismo actor solicitó a los órganos de control del Estado y a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de TELECOM que fuera investigado, sin que fuera declarado responsable por alguno de tales entes (fls. 14 y 38 c. 1).

De otra parte, si bien es cierto que en la resolución de 27 de agosto de 2001, por medio de la cual la Fiscalía Noventa y Ocho Seccional de Cali adicionó la resolución calificatoria y le otorgó la libertad provisional, se consignó que debía suscribir la correspondiente diligencia de compromiso, también lo es que del material probatorio obrante en el expediente no se demostró la causación de un perjuicio derivado del proceso penal que siguió en curso, luego de haberse decretado su libertad provisional.

¹³ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005; expediente No. 15784. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Al respecto, se debe anotar que esta Sala ya consideró que: “*la suscripción de acta de compromiso, por sí misma, no configura una medida de aseguramiento, esto teniendo en cuenta que en muchos casos, los deberes impuestos al procesado no son diferentes a los que cualquier persona, vinculada a un proceso penal, deba cumplir (presentarse si es requerido, informar el cambio de residencia, etc.)*”¹⁴.

En ese sentido, se considera que tales compromisos u obligaciones no pueden catalogarse como unas restricciones jurídicas que afecten el derecho a la libertad de las personas vinculadas a la actuación penal y, en el evento de llegar a serlo, su ocurrencia, en todo caso, no fue demostrada por el aquí demandante, luego ninguna responsabilidad le asiste a la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de ideas, en tanto se encuentra acreditada la privación injusta de la libertad consistente en detención domiciliaria de la que fue víctima el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, resulta procedente revocar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, la Sala procederá a estudiar la indemnización de perjuicios de conformidad con el *petitum* de la demanda y de lo probado en el proceso.

7. Indemnización de perjuicios

7.1.- Perjuicios morales

En la demanda se solicitó por concepto de indemnización de perjuicios morales, una suma equivalente a mil 1000 s.m.l.m.v., para el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos.

Ahora bien, con fundamento en las máximas de la experiencia, resulta posible afirmar que la privación de la libertad que fue objeto el señor Cabanillas Penagos le causó un perjuicio moral que debe ser indemnizado, porque es razonable asumir que la persona

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 540012331000200900107 01 (45228), C.P. Hernán Andrade Rincón.

que ve afectada su libertad experimente sentimientos de angustia e impotencia por no poder determinar el rumbo de su vida.

Según se estableció en la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera de esta Corporación¹⁵, se tiene que sin que de manera alguna implique una regla 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, conviene poner de presente que la Sala ha sugerido que en los casos en los cuales la privación de la libertad en centro carcelario sea superior a 18 meses, se reconozca la suma equivalente a 100 SMLMV; cuando esta privación supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMLMV; si superó los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMLMV; por su parte, si la reclusión fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMLMV; 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 SMLMV; asimismo si la medida de aseguramiento supera un mes, pero resulta inferior a 3 meses, se sugiere el reconocimiento de 35 SMLMV; finalmente si la detención no supera el mes, la indemnización se tasa en el equivalente a 15 SMLMV, todo ello para la víctima directa y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

Asimismo, resulta necesario precisar que para la tasación de la indemnización por concepto de perjuicios morales se debe considerar 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 libertad, pues la indemnización a reconocer frente a una persona que ha sufrido una privación injusta de su libertad en establecimiento carcelario no debe ser la misma que se le reconozca a quien no padece allí la restricción de su libertad.

¹⁵ En sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera el 28 de agosto de 2014, expediente: 36.149, C.P: Hernán Andrade Rincón (E), se señalaron las cuantías a las que deben ascender las indemnizaciones de perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad.

En sentencia del 1 de agosto de 2016¹⁶, se estimó que para los casos de privación injusta de la libertad era procedente aplicar una reducción del *quantum* en los casos en que la restricción de la libertad se cumpliera bajo la modalidad de detención domiciliaria, la mencionada reducción debía corresponder al 30% de lo sugerido por el criterio unificado de la Sección.

Asimismo, resulta relevante señalar que la Sala ha considerado que en los casos en los que concurren diferentes medidas preventivas, como lo son la privación física de la libertad, la detención domiciliaria o la libertad provisional durante el período de tiempo en que se haya producido la privación injusta de la libertad, se deberá cuantificar de manera separada cada lapso, esto, con el fin de determinar de manera exacta la indemnización que corresponda a cada víctima por concepto de perjuicios morales.

Con fundamento en lo anterior, la Sala estima que la indemnización a reconocer a la parte demandante estará determinada por la sumatoria de los salarios mínimos a reconocer por cada uno de los períodos en los que la víctima del daño estuvo privada de la libertad, sin que, en principio, dicha operación aritmética pueda superar el tope establecido por esta Corporación para el reconocimiento de perjuicios morales para este tipo de asuntos -100 SMLMV-.

Ahora bien, como se trató de una privación de la libertad de cinco meses y veintidós días -desde el 5 de marzo y el 27 de agosto de 2001-, esto es, superior a 3 meses e inferior a 6 meses, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta Sección, al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos se le reconocería en principio un monto equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, no obstante, como ya se dijo, la restricción de la libertad del actor no fue intramuros sino domiciliaria, lo que implicaría una reducción del 30%.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de agosto de 2016, exp. 39.747, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Dijo la Sala: “*En cuanto al monto a pagar por el tiempo restante, la Sala acoge lo dispuesto por esta Subsección en la citada sentencia del 9 de marzo de 2016 y la complementa en el sentido de que a su juicio el monto a indemnizar a una persona que fue víctima de una privación injusta de la libertad pero que estuvo reclusa en su domicilio debe ser disminuido en un 30%, comoquiera que, si bien la detención domiciliaria limita derechos fundamentales es mayor la afectación cuando se recluye a una persona en un establecimiento carcelario, pues en este último caso se vulneran derechos tales como la intimidad, el trabajo, la educación, entre otros, a lo cual se suman las situaciones de angustia o intranquilidad que puede atravesar al convivir con otros reclusos, nada de lo cual ocurre con la detención domiciliaria ni con la privación jurídica de la libertad, pues no es lo mismo, sin duda, permanecer en la casa que en un centro de reclusión*”.

Por consiguiente, se reconocerá al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos una suma equivalente a treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de indemnización de perjuicios morales.

7.2. Perjuicios materiales

Toda vez que en la demanda no se solicitó reconocimiento alguno por concepto de lucro cesante, en consideración a que según se afirmó, para la época de los hechos el señor Cabanillas Penagos se encontraba gozando de su pensión de jubilación, la Sala se ocupará exclusivamente de analizar, de acuerdo con los elementos probatorios allegados al proceso, el reconocimiento y monto de la indemnización de perjuicios correspondientes al rubro de daño emergente.

En la demanda se solicitó, a título de daño emergente, que se condenara a la entidad accionada a pagar, a favor del señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, la suma de \$8'000.000 derivados de su defensa judicial en el proceso penal.

Para acreditar el perjuicio, la parte actora allegó contrato de prestación de servicios suscrito entre el abogado Jhon Jairo Marulanda Idárraga y el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos por un valor de \$8'000.000. En el mismo, se dispuso que como cuota inicial se pagaría un monto de \$4'000.000, y que el saldo restante sería cancelado en cuotas mensuales de \$1.000.000 hasta completar el total (fls. 141 a 142 c. 1).

Sobre este punto, se debe precisar que, tal como lo ha sostenido esta Subsección¹⁷, el reconocimiento de perjuicios materiales en casos de privación de la libertad dependerá de las pruebas que obren en el expediente. En este caso, de lo que la parte demandante logre demostrar que debió asumir como consecuencia del proceso penal que afrontó (daño emergente), en razón de la acción penal que se siguió en su contra, de manera injusta.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia 9 de marzo de 2016, expediente 34.554.

Así pues, precisa la Sala que si bien al proceso se aportó el original del contrato de prestación de servicios profesionales entre el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos y un abogado para la defensa técnica dentro del proceso penal adelantado en su contra, lo cierto es que no obra en el plenario prueba alguna que acredite el pago de dichos honorarios, por lo que las pretensiones respecto a la indemnización de perjuicios en la modalidad de daño emergente serán desestimadas.

Finalmente, cabe precisar que si bien en el expediente obran dos solicitudes de la empresa Bobinados Técnicos Ltda., de fechas 12 de enero y 3 de diciembre de 2001 (fls. 154 a 155 c. 1), por medio de las cuales se requería al señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos para que presentara una propuesta para la realización de unas obras civiles, no se estableció cómo su situación jurídica le impidió cumplir con el envío de la misma, toda vez que, se recuerda, la restricción de su libertad fue de carácter domiciliaria, sin que todo caso, ello implicara que iba a ser contratado, dado que primero debía ser seleccionado por el proponente de las obras a realizar, de lo cual no se tiene prueba, circunstancia que impide acceder a este preciso pedimento de la demanda.

8. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, la sentencia proferida el 31 de octubre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable a la Nación–Fiscalía General de la Nación- por la privación injusta de la libertad sufrida por el señor Oscar Eduardo Cabanillas Penagos, en las circunstancias y hechos explicados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación– Fiscalía General de la Nación- a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales, una suma equivalente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: La condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Aclaración de voto