

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DELITOS DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON LOS DELITOS DE SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO, EXTORSIÓN TENTADA Y FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO / ORDEN DE CAPTURA / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO / DECRETO 2700 DE 1991 / LEY 600 DE 2000 / LEY 906 DE 2004 / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

SÍNTESIS DEL CASO: Desde hacía algunos años, el señor ORLANDO CORREA SALAZAR se dedicaba a manejar el taxi del señor TEÓFILO RONCANCIO, sin que se hubiera presentado conflicto alguno. El 3 de diciembre de 2004 se produjo el hurto de un taxi por parte de unos sujetos que, luego de retener al conductor, lo despojaron del vehículo. Días después, los delincuentes llamaron a la víctima y la extorsionaron, con el fin de exigirle dinero a cambio de darle información sobre su vehículo. Para cumplir con la extorsión, el taxista se dirigió al lugar donde debía pagar el dinero, acompañado de miembros del GAULA –Terminal de Transportes de Ibagué-, quienes allí capturaron a dos personas y al acá actor ORLANDO CORREA SALAZAR, conductor del taxi donde se movilizaban éstas. Por lo anterior, la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Ibagué inició una investigación penal en contra del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas y extorsión. Durante las diligencias de indagatoria, el señor CORREA SALAZAR afirmó que nada tenía que ver con los hechos, ya que había sido contratado para un servicio al terminal. En concordancia con estos dichos, los otros dos retenidos manifestaron que el señor CORREA SALAZAR era “completamente ajeno a los hechos”. El 20 de diciembre de 2004, la Fiscalía Primera libró orden de encarcelación en la Penitenciaría Nacional Picalaña, en contra del señor ORLANDO CORREA SALAZAR. El 27 de diciembre siguiente, resolvió la situación jurídica de este procesado, con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y el 27 de abril de 2005, al momento de calificar el sumario, profirió resolución de acusación en su contra, como autor responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado, extorsión tentada y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego. La etapa de juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué que, en sentencia del 5 de diciembre de 2006, absolvió de responsabilidad penal al señor CORREA SALAZAR, para lo cual consideró que no había prueba que condujera a la certeza de su responsabilidad penal.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Para conocer procesos por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Naturaleza del asunto

La Sala es competente para conocer de los recursos 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 2008, 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.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 13

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No operó. La demanda se presentó de forma oportuna

En concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos, en los eventos de privación injusta de la libertad el término de caducidad de dos (2) años se cuenta a partir del día siguiente al momento en el cual el sindicado recupera la libertad y/o queda ejecutoriada la providencia absolutoria –lo último que ocurra. Para iniciar el conteo del término de caducidad, la Sala tendrá en cuenta la fecha en que cobró fuerza ejecutoria la sentencia del 5 de diciembre de 2006, a través de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) absolvió de responsabilidad penal al señor ORLANDO CORREA SALAZAR, esto es, el 18 de esos mismos mes y año. (...) la acción de reparación directa debía ejercerse, en los términos del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., hasta el 19 de diciembre de 2008. Como la demanda se presentó el 12 de diciembre de este mismo año, resulta claro que ello ocurrió dentro de la oportunidad legal prevista para tal fin.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 136.8

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Regulación normativa / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Recuento histórico / CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO - Noción. Definición. Concepto

Se evidencia que los hechos que se someten a conocimiento de la Sala ocurrieron en vigencia de la Ley 270 de 1996 (...)El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. (...) Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios (...) la Sala consideró en varias oportunidades que cuando una persona privada de la libertad era absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último quedaba libre en aplicación de la figura del in dubio pro reo, se configuraba un evento de detención injusta y, por tanto, procedía la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado. (...) bastaba con que se presentara una privación de la libertad y que el proceso penal no culminara en condena, cualquiera que fuera la razón, para que quien la sufría recibiera una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se encontrara ajustada a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de la privación de la libertad fuera antijurídico o no y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición. (...) en sentencia del 15 de agosto de 2018 , la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó dicha posición y dispuso que, en esos casos, esto es, en aquellos en los que el juez penal o el órgano investigador levante la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encuentre que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro

reo, es necesario hacer el respectivo análisis de responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, es decir, identificar la antijuridicidad del daño. La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación del daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. (...) acudió al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que dispone que el daño “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto, en tal evento, se entiende que es esa conducta la determinante del daño. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, sentencia del 15 de agosto de 2018, exp. 46947

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 65 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 70

CARENCIA PROBATORIA / INSUFICIENCIA DE MATERIAL PROBATORIO POR PARTE DEL ENTE INVESTIGATIVO

Como no obra prueba alguna de la razón de las afirmaciones de la Fiscalía, pues ninguna de ellas acredita que el señor CORREA SALAZAR sí tenía conocimiento del delito de extorsión que estaban cometiendo las personas que debía transportar y de que en el garaje del barrio “Ancón” se encontraba el taxi hurtado días antes, es claro que no se tiene evidencia de que él hubiera incurrido en conducta alguna que pudiera haber estado afectada de dolo o culpa grave, a la luz del artículo 63 del Código Civil y que, en consecuencia, él haya dado lugar a la investigación que se adelantó en su contra. (...) la Fiscalía, debiendo esclarecer la actividad lícita declarada por el procesado, consistente en que desde hacía seis años manejaba el taxi del señor TEÓFILO RONCANCIO, ni siquiera se tomó la molestia de ubicar a este último para tomar su testimonio en orden a verificar lo dicho por el señor CORREA SALAZAR. (...) el órgano de instrucción no sopesó el hecho de que el celular del señor CORREA SALAZAR no estaba relacionado con ninguno de los dos teléfonos móviles desde donde se hacían las llamadas extorsivas a la víctima del hurto investigado, ya que, desde el mismo momento de las capturas, se supo con certeza que estos dos celulares pertenecían a los otros dos detenidos en el mismo procedimiento y que sí se hicieron llamadas extorsivas desde aquéllos, ni tuvo en cuenta que en las declaraciones de estas otras dos personas –quienes desde su captura confesaron su participación en la extorsión- se enfatizó de manera congruente que el “taxista” había sido contratado por “CARLOS” para hacer el recorrido desde el terminal hasta el barrio “Ancón”, afirmación que se debió investigar o, al menos, en procura de desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al procesado. (...) es cierto que el señor CORREA SALAZAR no fue claro en su diligencia de indagatoria en cuanto a los detalles del recorrido que debía seguir y en relación con las personas a las cuales debía transportar, pero ello no tiene la entidad suficiente como para edificar a partir de ahí el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad y menos teniendo en cuenta que dentro de la investigación existían pruebas que respaldaban su presunción de inocencia, tales como los documentos que portaba al momento de su captura y que acreditaban el ejercicio legítimo de su actividad como conductor de taxi, el celular que portaba –el cual no estaba relacionado con los números desde los cuales se realizaba la extorsión- y la declaración de los extorsionistas confesos que lo desligaban de la comisión de ese delito. (...) la Sala no encuentra elementos de juicio suficientes

para concluir que alguna conducta del afectado directo con la medida de aseguramiento contribuyó de manera determinante a que se le involucrara en la investigación que le adelantó la Fiscalía General de la Nación.

DERECHO A LA LIBERTAD - No tiene carácter de absoluto / DERECHO A LA LIBERTAD - Reiteración jurisprudencial

El bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y que, por lo tanto, como lo dijo la ya citada jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, sentencia del 15 de agosto de 2018, exp. 46947

CONFIGURACIÓN DE UNA FALLA EN EL SERVICIO POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Para la Sala es claro que la actuación de la Fiscalía General de la Nación determinó que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor ORLANDO CORREA SALAZAR se tornara injusta, pues tenía la obligación de verificar que fueran satisfechos los requisitos formales y sustanciales para privarlo de su libertad, pero no lo hizo; así, omitió soportar, mediante indicios graves de responsabilidad, la medida de aseguramiento de detención preventiva que impuso, con lo cual comprometió, a título de falla del servicio, la responsabilidad del Estado. (...) se impone concluir que la parte actora no estaba en la obligación de soportar el daño que padeció y que el mismo debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la obligación para el Estado de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad del señor CORREA SALAZAR, a la cual dio lugar la actuación que adelantó la Fiscalía General de la Nación.

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE POR CONCEPTO DEL PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES - Pronunciamiento jurisprudencial

Esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios. (...) debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las personas que ejercen profesiones liberales, es decir, profesiones en las cuales "... predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico", están obligadas a "... expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales". (...) debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación al tema, ver, sentencia del 14 de marzo de 2018, exp.46666

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO -ARTÍCULO 615

REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE DERIVADO DEL PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

En los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio. (...) si se prueba la prestación de los servicios por parte del abogado y se aportan tanto la factura como la prueba de su pago, pero no coinciden los valores expresados en ambos, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores. (...) dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago.

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE - Noción. Definición. Concepto / RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE - Recuento jurisprudencial

Esta corporación concibe el lucro cesante como "... la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. (sic) Pero que (sic) como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna" (se resalta). (...) en los eventos de privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado procedente acceder al reconocimiento del lucro cesante en favor de quien resultó afectado con una medida restrictiva de la libertad que, a la postre, resultó injusta y, en consecuencia, ha reconocido como indemnización por dicho concepto los "salarios y prestaciones sociales" que se causaron durante el tiempo que duró la detención (...) con el devenir de la jurisprudencia, los pronunciamientos emitidos en torno a la liquidación del lucro cesante en los eventos de privación injusta de la libertad no mantuvieron criterios uniformes; así, se aplicaron de manera indistinta los presupuestos indemnizatorios para definir, por ejemplo, el período indemnizable y el ingreso base para la indemnización. (...) sobre el tiempo adicional por reubicación laboral, la Sala de esta Sección, a partir de una sentencia del 4 de diciembre de 2006 (...) ha venido aplicando en sus pronunciamientos la regla conforme a la cual, para efectos de liquidar el lucro cesante en favor del afectado directo con una medida de aseguramiento que devino injusta, al período indemnizable se le debe agregar "el tiempo que razonablemente tarda una persona en encontrar trabajo en Colombia, una vez decide emprender la búsqueda de nuevo empleo", esto es, un período adicional por concepto de reubicación laboral del afectado con aquella medida. En un primer momento, este período adicional se reconoció en favor de quien probara que al tiempo de la detención mantenía un

vínculo laboral vigente, es decir, que era empleado –lo cual encuentra sentido, por cuanto se tomó de un estudio que midió el tiempo que tarda una persona en conseguir empleo dentro de un mercado laboral-; sin embargo, esa posición no se mantuvo uniforme, pues, en pronunciamientos posteriores, ese período se reconoció también en los casos en los cuales el afectado con la medida ejercía una actividad como independiente, es decir, sin distinguir el vínculo de dependencia o independencia del afectado directo con la medida. Luego, en pronunciamiento del 8 de noviembre de 2016 la Sección retomó la exigencia del vínculo laboral y, en consecuencia, negó el lucro cesante solicitado por quien ejercía una actividad como independiente, por cuanto afirmó que se “presume” que las personas que desarrollan “actividades económicas – productivas por su propia cuenta” pueden continuar ejerciéndolas al tiempo que recobran la libertad, escenario en el cual no requieren, entonces, de un período adicional, para reubicarse laboralmente. (...) diferentes pronunciamientos reconocieron de oficio el período adicional y otros lo hicieron solo cuando se había pedido en la demanda, para lo cual se dijo que debía prevalecer el principio dispositivo que impone al juez la obligación de someterse a los pedimentos de ésta. (...) la postura inicial (reconocimiento de oficio) se morigeró y, entonces, se sostuvo que habría lugar a reconocer el período adicional siempre que se tuvieran indicios de que el afectado con la medida de aseguramiento perdió el empleo por causa directa de la detención (...) esta Sección aplicó en algunos casos la “presunción” del salario mínimo legal mensual vigente al tiempo de la detención, como ingreso base de liquidación del lucro cesante, ante la falta de prueba de tal ingreso; así, en reiterados en reiterados pronunciamientos, la Sala de esta Sección optó por aplicar la regla de la experiencia conforme a la cual una persona que desempeña una actividad productiva devenga, al menos, un salario mínimo legal mensual vigente al tiempo de la detención. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, sentencias del: 4 de diciembre de 2006, exp. 13168; 8 de noviembre de 2016, exp. 44753; y sentencia del 10 de marzo de 2010, exps. 37099 y 36950.

RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE - Recuento jurisprudencial / EDAD PRODUCTIVA - Noción. Definición. Concepto

En otras decisiones se aplicó la misma “presunción” cuando no existía prueba del desempeño de una actividad económica –al tiempo de la detención- por parte del afectado directo con la medida, siempre que este último estuviera en una edad productiva. (...) Aplicada así la “presunción” (...) lo que se debía identificar no era si el afectado desempeñaba una “actividad productiva” al tiempo de la detención, sino si se encontraba para entonces en una edad “productiva” –entendida como tal aquella en que se alcanza la mayoría de edad y que se mantiene mientras no sobrevenga una incapacidad laboral o cognitiva-, para liquidar el perjuicio material conforme al valor del salario mínimo; pero, entendida así la regla de experiencia, como fundamento de la regla de la jurisprudencia, se puede incurrir –a no dudarlo- en el desatino de indemnizar un perjuicio inexistente, incierto o eventual, lo cual sucede –por ejemplo- si el afectado, pese a encontrarse en una “edad productiva”, es improductivo, porque por un acto volitivo decide no trabajar y depender de los ingresos que le proporcionan otros, evento en el cual no hay un perjuicio material cierto e indemnizable.(...) también se produjeron decisiones en las cuales se optó por incrementar el ingreso base de liquidación en un 25% por concepto de prestaciones sociales; sin embargo, en algunos casos se aplicó sólo en los eventos en los cuales se acreditó que el afectado directo con la medida tenía una vinculación laboral vigente al momento de su detención, mientras que en otros no se exigió tal vínculo. (...) de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha aplicado la regla de la experiencia que sugiere incrementar el salario base de liquidación en un 25%, por

concepto de las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho la víctima directa del daño. Dicho incremento parte de los supuestos de que las prestaciones sociales "... son una consecuencia de la relación laboral subordinada" y constituyen "... beneficios económicos consagrados legalmente a favor del trabajador con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de éste originados durante la relación laboral o con motivo de la misma. Se causan adicionalmente al salario y por el simple hecho del servicio" . (...) se entendió que el incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales constituía una prerrogativa en favor del trabajador y, por ello, se exigió que para su reconocimiento se acreditara que la víctima mantenía un vínculo laboral vigente al momento en que se produjo el daño, es decir, la privación de su libertad. (...) en garantía del principio de equidad, la Sala modificó su posición y abandonó la exigencia de la prueba del vínculo laboral, para reconocer también el 25% por concepto de prestaciones sociales para quienes trabajaban de manera independiente al ser privados de la libertad. (...) la Sala consideró que el incremento por concepto de prestaciones sociales no operaba de oficio y, por lo tanto, debía solicitarse en el libelo, como parte de la pretensión indemnizatoria ; sin embargo, con el devenir de la jurisprudencia fue formándose la idea consistente en que se debe acceder a ese reconocimiento aun cuando no se haya solicitado, por cuanto las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa de carácter legal. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, sentencias del: 26 de agosto de 2015, exp. 38163; 5 de octubre de 2016, exp. 43127; y del 7 de octubre de 2009, exp. 17611

UNIFICA JURISPRUDENCIA LA SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA RESPECTO A LO CRITERIOS NECESARIOS PARA ACCEDER AL RECONOCIMIENTO E INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / UNIFICA JURISPRUDENCIA LA SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA SOBRE LOS PRESUPUESTOS PARA ACCEDER AL RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE

Su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante. Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno. Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.).(...) para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la indemnización del lucro cesante a las amas de casa o las personas encargadas del cuidado del hogar, consultar, sentencias de unificación del 27 de junio de 2017, exp. (33945)

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 167

UNIFICA JURISPRUDENCIA LA SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA RESPECTO AL PERÍODO INDEMNIZABLE DEL LUCRO CESANTE / UNIFICA JURISPRUDENCIA LA SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE

En los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra. (...) La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

UNIFICA JURISPRUDENCIA LA SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA SOBRE EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / APLICACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE / SALARIO MÍNIMO - Noción. Definición. Concepto

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos. Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”. El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso. Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el

artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, "... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 232.2 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 225 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 15 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 15 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 204 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 145

INCREMENTO DEL 25 POR CIENTO AL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada. (...) se debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada, de manera que no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas.

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MORALES - Procedencia / APLICACIÓN DE CRITERIOS Y PARÁMETROS DE UNIFICACIÓN

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, en los eventos en los cuales una persona es detenida, se presume el dolor moral, la angustia y aflicción de la víctima directa del daño ; así mismo, dicho dolor se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, conforme a las reglas de la experiencia (...) la Sala encuentra acreditado que: i) el señor ORLANDO CORREA SALAZAR o de su libertad desde el 16 de diciembre de 2004 cuando se materializó su captura (ii) los beneficiarios de la condena proferida por el tribunal a quo –LUZ NEYLA VARÓN (compañera permanente), HÉCTOR EDUARDO CORREA MORALES (hijo) y JHON MARIO CORREA VARÓN (hijo)- acreditaron los parentescos que invocaron en relación con el señor CORREA SALAZAR, según las pruebas obrantes a folios 18, 784 y 782, respectivamente y iii) los señores MARIBÉL, LUIS ARVEY, ÁLVARO y BLANCA RUTH CORREA SALAZAR y MARÍA NOHELIA CAÑAVERAL SALAZAR son hermanos del señor CORREA SALAZAR, según sus respectivos registros civiles (...) Atendiendo los parámetros sugeridos por esta corporación para la indemnización del perjuicio moral en los eventos en los cuales la privación injusta de la libertad es, como en este caso, superior a 18 meses, el reconocimiento indemnizatorio debería ser de 100 SMMLV para la víctima directa del daño, esto es, el afectado directo con la medida de aseguramiento, así como cada uno de sus parientes en primer grado de consanguinidad padres e hijos y para la cónyuge o compañera permanente y 50 SMLMV para cada uno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, dentro de los cuales se encuentran los hermanos. (...) la Sala encuentra que: i) los montos indemnizatorios concedidos por el tribunal a quo -40 SMLMV en favor del afectado directo, 30 SMLMV para su compañera permanente y 20 SMLMV para cada uno de sus hijos- no superan los topes sugeridos por esta esta corporación, para la liquidación de este perjuicio inmaterial, por lo que se mantendrán, pues, a pesar de ser éstos unos montos inferiores a los topes sugeridos, no se pueden ajustar, dado que la parte actora no los cuestionó y ii) acreditado el parentesco invocado por cada uno de los hermanos del afectado

directo con la medida, se presume el daño moral por todos ellos alegado, por lo cual, según los referidos topes, les correspondería, en principio, una indemnización de 50 SMLMV a cada uno; sin embargo, como el a quo le reconoció a la víctima directa del daño sólo 40 SMLMV y ello no fue objeto de apelación, los montos a reconocer a cada uno de aquéllos se liquidarán tomando como punto de partida el valor que se le reconoció a ésta, ya que la intensidad del daño sufrido por los demás demandantes está determinada en función de quien padece directamente la privación injusta de su libertad ; así, cada uno de los hermanos deben ser indemnizados con 20 SMLMV. (...) Se aclara que los salarios mínimos legales mensuales que se dispongan en la indemnización serán los vigentes al momento de la ejecutoria de esta decisión. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 25022.

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante - LUCRO CESANTE - Procedencia. Actualización de condena

La Sala encuentra plenamente acreditado que, al tiempo de su detención (16 de diciembre de 2004), el señor ORLANDO CORREA SALAZAR era taxista –incluso en ejercicio de esa actividad se produjo su captura-, pues así lo dejan ver los testimonios rendidos en el proceso, conforme a los cuales “... él (refiriéndose al señor CORREA SALAZAR) era taxista” (folio 7) y “... trabajaba para mí conduciendo el vehículo tipo taxi” (...) demostrado como ésta que el señor CORREA SALAZAR desempeñaba una actividad productiva al momento de su detención, procede reconocer el lucro cesante solicitado por el afectado directo con la medida; pero, como la prueba no permite establecer los ingresos que él tenía por esa actividad, para efectos de liquidar el perjuicio, como lo hizo el Tribunal y conforme a lo dicho en el acápite precedente. (...) el a quo le redujo a ese ingreso un 35% que, según afirmó, “... el aquí demandante destinaba para su propia subsistencia”. La Sala no dirá nada al respecto, pues ello no fue objeto del recurso de apelación que formuló la parte actora. Tampoco se decidirá en el caso del señor CORREA SALAZAR en torno a algún reconocimiento por ingresos adicionales ni al incremento del 25%, toda vez que nada de ello se pidió en la demanda. (...) se confirmará la condena impuesta por el a quo; pero, como se condenó al pago de una cantidad líquida de dinero, se actualizará tal condena, aplicando la fórmula matemática empleada para ello por esta corporación: $Ra = Rh \text{ índice final} / \text{Índice inicial}$. Donde (Rh) es igual a la renta histórica, esto es, la suma reconocida por el tribunal de primera instancia (\$8'730.013.50) multiplicada por la cifra que resulte de dividir el índice de precios al consumidor del mes anterior al de esta sentencia por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que se profirió la sentencia de primera instancia. Índice final – junio/2019 (102.71) $Ra = \$8'730.013.50 \text{ Índice inicial} - \text{febrero/2011 (74.56)}$ $Ra: \$12'026.015,10$.

RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE POR CONCEPTO DEL PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES AL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE- Niega / CARENCIA PROBATORIA

De conformidad con la materia que acá se unifica respecto de este tipo de reconocimiento, la Sala negará el perjuicio material solicitado, pues: i) no se aportaron las facturas o documentos equivalentes expedidos por los referidos profesionales del derecho ni la prueba de su pago y ii) el pago no lo hizo quien lo reclama, esto es, el señor CORREA SALAZAR.(...) la Sala confirmará la decisión del a quo, que negó el mencionado daño emergente.

DAÑOS A BIENES CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS - Niega / CARENCIA PROBATORIA

La actora apeló la decisión del a quo en cuanto negó este perjuicio; sin embargo, la Sala la confirmará, por cuanto no hay prueba en el expediente que tenga la entidad suficiente para acreditar que se ha causado un daño de este tipo.

NO PROCEDE CONDENA EN COSTAS - Privación injusta de la libertad

SÍNTESIS DEL CASO:

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572)

Actor: ORLANDO CORREA SALAZAR Y OTROS

Demandado: NACIÓN –RAMA JUDICIAL Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

La Sala Plena de la Sección Tercera avoca el conocimiento del presente caso, con el fin de unificar su jurisprudencia en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad, criterios que serán aplicables también a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase.

Decide la Sala los sendos recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia del 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que dispuso (se transcribe tal como obra en la foliatura):

“PRIMERO.- DECLÁRASE la falta de legitimación por pasiva por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, así como de la Nación – Rama Judicial –, conforme lo expuesto en esta providencia.

“SEGUNDO.- DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable, a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor ORLANDO CORREA SALAZAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“TERCERO.- CONDÉNASE a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de perjuicios materiales la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL PESOS TRECE PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$8.730.013,5)¹.

“CUARTO: CONDÉNASE a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero a cada una de las personas que a continuación se señalan:

- Para ORLANDO CORREA SALAZAR, el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su cancelación.
- Para LUZ NEYLA VARON JIMENEZ (compañera permanente), el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su cancelación.
- Para cada uno de los hijos HECTOR EDUARDO CORREA MORALES y JHON MARIO CORREA VARON, el equivalente a veinte 20 S.M.L.M.V para cada uno de ellos.

“QUINTO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda”².

I. ANTECEDENTES

1. El **12 de diciembre de 2008**³, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, los actores⁴ presentaron demanda en contra de la Nación – Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Defensa –Policía Nacional, con la finalidad de obtener la declaratoria de responsabilidad de las demandadas y la consecuencial condena al pago de la totalidad de los daños y perjuicios que, afirman, les fueron irrogados por la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor ORLANDO CORREA SALAZAR.

Como pretensiones formularon las siguientes (se transcribe literal):

¹ Efectuada la operación matemática, se advierte que la cifra correcta en letras corresponde a cincuenta centavos y no a cinco.

² Folios 254 y 255, cdno. ppal.

³ Folio 86 rvso., cdno. 1

⁴ El grupo demandante está integrado por Orlando Correa Salazar (afectado directo con la medida) y Luz Neyla Varón Jiménez (compañera permanente) (quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo menor Jhon Mario Correa Varón), Héctor Eduardo Correa Morales (hijo), Maribel, Luis Arvey, Álvaro y Blanca Ruth Correa Salazar y María Nohelia Cañaverl Salazar (hermanos).

“PRIMERA. Declarar administrativamente responsable a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL, de los PERJUICIOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES causados a la parte demandante, o a quien represente sus derechos, con motivo de la captura ilegal e injustificada, erróneamente catalogada como de situación de flagrancia, y por la privación injusta y preventiva de la libertad que tuvo que soportar el Señor ORLANDO CORREA SALAZAR, desde el 16 de diciembre de 2004 hasta la noche del 7 de Diciembre de 2006, sindicado de ser coautor responsable de los delitos de Hurto Calificado Agravado, Secuestro Simple, Extorsión Tentada y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, todo para que posteriormente, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2006, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué, resolviera absolverlo de todos los cargos por los cuales se le dictó resolución de acusación, circunstancia que edificó la falla en la prestación del servicio de la Administración de Justicia con fundamento en la errónea, facilista y omisiva apreciación y evaluación probatoria cometida por el ente demandado ya determinado.

“SEGUNDA. Condenar en consecuencia de la anterior declaración a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL a pagar a favor de cada uno de mis representados por concepto de DAÑOS MORALES, aquellos que se les ocasionaron por los hechos a que se hizo referencia en el numeral primero de este capítulo, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes que relaciono a continuación, según el monto que a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, que haga tránsito a cosa juzgada, o conciliación, si se llegare a ella, se certifique así:

“2.1. Para el Señor ORLANDO CORREA SALAZAR, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes causados con la privación injusta y preventiva de su libertad.

“2.2. Cincuenta (50) Salarios mínimos legales mensuales vigentes que corresponden a su compañera permanente Señora LUZ NEYLA VARON JIMÉNEZ.

“2.3. Para el menor JHON MARIO CORREA VARON, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su condición de hijo de ofendido.

“2.4. En cincuenta (50) Salarios mínimos legales mensuales vigentes que corresponden a HECTOR EDUARDO CORREA MORALES quien concurre en calidad de hijo mayor de edad del perjudicado.

“2.5. Finalmente para los Señores MARIBEL CORREA SALAZAR, LUÍS ARVEY CORREA SALAZAR, ALVARO CORREA SALAZAR, BLANCA RUTH CORREA SALAZAR, y MARIA NOHELIA CAÑAVERAL SALAZAR, en cuarenta (40) salarios

mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos en su condición de hermanos del damnificado.

“TERCERA. Condenar a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -POLICÍA NACIONAL a pagar a favor de cada uno de mis representados por concepto de los DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN que a ellos se le originaron, toda vez que con ocasión los hechos referidos dentro del presente escrito demandatorio, mi poderdante y su familia se vieron afectados por el escándalo social, escarnio público, y el despliegue publicitario que originó la detención preventiva de ORLANDO CORREA SALAZAR por la presunta comisión de sendos delitos, de grave impacto para el conglomerado en general, situaciones que le produjeron gran afectación personal y familiar al punto de alterar su entorno en relación con su gremio, y con las demás personas al ser tildado como un delincuente de alta peligrosidad.

“Para compensar tal perjuicio peticiono el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes que relaciono a continuación, según el monto que a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva o conciliación, si fuere el caso, se certifique así:

“3.1. Para el Señor ORLANDO CORREA SALAZAR, el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes causados como directo afectado del perjuicio a la vida de relación.

“3.2. Cuarenta (40) Salarios mínimos legales mensuales vigentes que corresponden a su compañera permanente Señora LUZ NEYLA VARON JIMÉNEZ.

“3.3. Para el menor JHON MARIO CORREA VARON, el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su condición de hijo de ofendido.

“3.4. En cuarenta (40) Salarios mínimos legales mensuales vigentes que corresponden a HECTOR EDUARDO CORREA MORALES en su calidad de hijo mayor de edad del perjudicado.

“3.5. Finalmente para los Señores MARIBEL CORREA SALAZAR, LUÍS ARVEY CORREA SALAZAR, ALVARO CORREA SALAZAR, BLANCA RUTH CORREA SALAZAR, y MARIA NOHELIA CAÑAVERAL SALAZAR, en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellos en su condición de hermanos del damnificado.

“CUARTA. Del mismo modo condenar a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICÍA NACIONAL, a pagar a favor de mi representado ORLANDO CORREA SALAZAR los PERJUICIOS MATERIALES bajo la modalidad de LUCRO CESANTE teniendo en cuenta que mi prohijado se dedica a la conducción de taxi de servicio público, constituyendo esta labor, la base de su sustento, suma de dinero solicitada teniendo en cuenta lo dejado de percibir por CORREA SALAZAR

durante la totalidad el período de tiempo que permaneció privado de la libertad, obteniendo por tal razón un empobrecimiento pecuniario sirviendo como elemento para su cuantificación, los salarios mínimos legales decretados por el Gobierno Nacional para los años 2004, 2005 y 2006, sumatoria que se verifica en la liquidación efectuada en acápite separado dentro de la presente demanda.

“QUINTA. Condenar a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICÍA NACIONAL, a pagar a favor de mi representado ORLANDO CORREA SALAZAR, el valor de los gastos económicos, o PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de DAÑO EMERGENTE, sumas a cancelar que se discriminan de la siguiente manera:

“5.1. Gastos económicos cancelados, con motivo de la privación injusta y preventiva de su libertad, teniendo en cuenta que durante el transcurso de su cautiverio mi poderdante ORLANDO CORREA SALAZAR, por intermediación de su compañera permanente señora LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ, tuvo que sufragar el monto de los honorarios a sendos profesionales del Derecho con ocasión del desarrollo de su defensa técnica dentro del proceso penal, sumatoria de honorarios, que para los dos apoderados, nos arroja un total por la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5'000.000) M/Cte , montos de dinero sufragados a la defensa con el fin de dilucidar la injusticia de que era víctima mi poderdante, aquellos que se encuentran formalmente respaldados por los Señores Abogados que defendieron en su momento los intereses de CORREA SALAZAR.

“5.2. La suma de dinero pagada por ORLANDO CORREA SALAZAR, al ofendido, señor Israel Rivera, por intermediación de su amigo CARLOS HUMBERTO GONZALEZ, como quiera que al ver nublados sus anhelos de justicia en el transcurso del proceso, afligido además por el vertiginoso paso del tiempo, decide cancelarle el día 8 de abril de 2005, a título de indemnización, con el ánimo de obtener su libertad, el valor de TRES MILLONES DE PESOS(\$3'000.000)M/Cte, como lo confirma el mismo ofendido y el apoderado de la parte civil por medio de memoriales radicados ante la instructora, respectivamente, los días 6 y 7 de abril de 2005.

“SEXTA. Ordenar que los factores anteriores de condena, se paguen actualizados según la variación del Índice de Precios al Consumidor I.P.C. existente entre el momento de la ocurrencia de la detención hasta la ejecutoria el fallo definitivo correspondiente *que* constituya cosa juzgada, liquidación que se deberá hacer teniendo en cuenta las formulas de matemáticas financieras aceptadas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado.

“SÉPTIMA. Se servirán ordenar a los entes demandados, que deberán cumplir la sentencia o conciliación si a ello hubiere lugar, dentro de los términos de los artículos 175, 176, y 177, y 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el reconocimiento y pago de intereses comerciales y moratorios a la tasa fijada por la Superintendencia Bancaria desde la fecha de ejecutoria del fallo, de conformidad con la sentencia C-188, proferida por la Honorable Corte

Constitucional, fechada el 24 de Marzo de 1999 que decretó la inexecutable parcial del Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y eventualmente de lo previsto en el Artículo 72 de la ley 446 de 1998”.

En apoyo de sus pretensiones, los actores relataron -en síntesis- que, desde hacía algunos años, el señor ORLANDO CORREA SALAZAR se dedicaba a manejar el taxi del señor TEÓFILO RONCANCIO, sin que se hubiera presentado conflicto alguno.

El 3 de diciembre de 2004 se produjo el hurto de un taxi por parte de unos sujetos que, luego de retener al conductor, lo despojaron del vehículo. Días después, los delincuentes llamaron a la víctima y la extorsionaron, con el fin de exigirle dinero a cambio de darle información sobre su vehículo. Para cumplir con la extorsión, el taxista se dirigió al lugar donde debía pagar el dinero, acompañado de miembros del GAULA –Terminal de Transportes de Ibagué-, quienes allí capturaron a dos personas y al acá actor ORLANDO CORREA SALAZAR, conductor del taxi donde se movilizaban éstas.

Por lo anterior, la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Ibagué inició una investigación penal en contra del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas y extorsión. Durante las diligencias de indagatoria, el señor CORREA SALAZAR afirmó que nada tenía que ver con los hechos, ya que había sido contratado para un servicio al terminal. En concordancia con estos dichos, **los otros dos retenidos manifestaron que el señor CORREA SALAZAR era “completamente ajeno a los hechos”.**

El 20 de diciembre de 2004, la Fiscalía Primera libró orden de encarcelación en la Penitenciaría Nacional Picalesna, en contra del señor ORLANDO CORREA SALAZAR.

El 27 de diciembre siguiente, resolvió la situación jurídica de este procesado, con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y el **27 de abril de 2005**, al momento de calificar el sumario, profirió resolución de acusación en su contra, como autor responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado, extorsión tentada y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.

La etapa de juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué que, en sentencia del **5 de diciembre de 2006**, absolvió de responsabilidad penal al señor CORREA SALAZAR, para lo cual consideró que no había prueba que condujera a la certeza de su responsabilidad penal.

Para los demandantes, la privación de la libertad del señor ORLANDO CORREA SALAZAR se tornó injusta, por cuanto fue acusado de la comisión de una serie de delitos que nunca cometió, lo cual le causó a él y a su grupo familiar más próximo perjuicios de orden inmaterial –daño moral y daño a la vida de relación- y material que deben ser indemnizados.

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima⁵ y, una vez notificada en debida forma, fue contestada por las demandadas.

1.1 La Rama Judicial⁶ alegó que ninguna decisión suya fue arbitraria o abiertamente ilegal, ya que, con su prudente juicio, el juez penal de conocimiento profirió sentencia absolutoria, por la falta de certeza de la responsabilidad penal del señor CORREA SALAZAR, como coautor de los punibles investigados.

1.2 La Fiscalía General de la Nación⁷ adujo que su actuación se ajustó al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales a su cargo y que durante la instrucción se respetaron todas las garantías procesales. Precisó que la absolución penal sobrevino por la aplicación del principio in dubio pro reo, lo cual no tornó injusta la orden de detención.

1.3 El Ministerio de Defensa sostuvo que la captura preventiva de la que fue objeto el señor CORREA SALAZAR no quebrantó su presunción de inocencia y que las decisiones que atañen a la libertad personal fueron proferidas por el órgano encargado de la instrucción penal.

⁵ Folio 93, cdno. 1.

⁶ Folios 114 a 117, cdno. 1.

⁷ Folios 109 a 110, cdno. 1.

2. Vencido el período probatorio, abierto mediante auto del 3 de febrero de 2010⁸, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para rendir concepto⁹.

2.1 La **parte actora**¹⁰ insistió en que el señor ORLANDO CORREA SALAZAR fue privado injustamente de su libertad, como consecuencia de la falla del servicio que se estructuró por la errónea valoración probatoria de la fiscalía encargada de la instrucción penal, falla que quedó demostrada con las pruebas traídas a juicio.

2.2 La **Fiscalía General de la Nación** y el **Ministerio de Defensa** reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2.3 La Rama Judicial no intervino y el Ministerio Público no emitió concepto.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En sentencia del 10 de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo del Tolima accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo (se transcribe tal como obra en la foliatura):

“En el presente caso, la Fiscalía Quinta delegada ante los Jueces Penales del circuito Especializados de Ibagué en providencia del 27 de diciembre de 2004 al definir la situación jurídica del señor Orlando Correa Salazar, impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad, provisional, por los delitos de hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo, con los delitos de secuestro simple, extorsión tentada y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

“En dicha providencia, los argumentos contra Orlando Correa Salazar se contrajeron a que fue aprehendido, ya que **era quien manejaba el taxi en el que se desplazaba junto con otros dos sujetos ... que colaboró ... indicándole a los del GAULA el lugar donde se encontraba el automotor materia de litis.**

“Sin embargo, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué en sentencia de 5 de diciembre de 2006, fue claro al señalar respecto al señor Orlando Correa Salazar que **no existían elementos de prueba directos que indicaran que participó en la extorsión de la que se estaba haciendo víctima** al señor ISRAEL RIVERA y menos aún en los delitos de secuestro simple y hurto del referido señor.

⁸ Folio 162, cdno. 1.

⁹ Folio 174, cdno. 1.

¹⁰ Folios 308 a 310, cdno. 1.

“Indicó en su providencia que no existían aspectos objetivos que reposaran efectivamente en el plenario para deducir su responsabilidad y que las **contradicciones en su indagatoria que podrían ser considerados indicios en su contra, no alcanzaban un alto grado de gravedad** que dedujeran su presunta intervención.

“Adicional a ello, indicó el Juez de conocimiento, que los señores ... **fueron coincidentes en manifestar que el señor ORLANDO CORREA SALAZAR no tuvo nada que ver en los hechos que se investigaban**, sino que simplemente se encontraba desarrollando su oficio de taxista.

“(…)

“Analizadas las pruebas arrojadas al expediente, se puede deducir que la detención preventiva fue impuesta al encontrar probado únicamente el indicio de presencia, al haber sido capturado en situación de fragancia sin que siquiera se diera cumplimiento a la tarifa legal exigida por el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal (dos indicios graves).

“No se encuentra en ningún aparte de la Resolución que impuso la medida de aseguramiento, cuáles fueron los dos indicios graves que se tuvieron en cuenta para privar de la libertad al señor ORLANDO CORREA SALAZAR.

“La Fiscalía desatendió los requisitos exigidos por la ley para imponer la medida de aseguramiento, pues si bien, fundamentó su decisión en las contradicciones en la indagatoria y la situación de fragancia en la que fue capturado el señor Correa Salazar, estas mismas pruebas fueron desvirtuadas posteriormente, con el dicho de los demás procesados que además de haber negado contundentemente que lo conocían, fueron ellos dos quienes indemnizaron al ofendido.

“Fue solo hasta el momento en que se profirió sentencia absolutoria, es decir, luego de transcurridos 1 año 11 meses y 21 días de la privación de libertad del accionante, que la Nación representada por la Rama Judicial, consideró que no existían dentro del plenario pruebas directas que comprometieran la responsabilidad del sindicado y que los indicios existentes no obedecían a elementos objetivos, ni ostentan la gravedad necesaria.

“Por lo anterior, encuentra la Sala que la privación de la libertad del señor ORLANDO CORREA SALAZAR se tornó injusta, desde el mismo momento de la detención, pues en el presente caso, la medida desatendió las disposiciones que sobre la materia establecía la ley, al no hacer mención de los dos indicios exigidos en la norma – artículo 356 del Código de Procedimiento Penal – para la imposición de detención preventiva.

“(…)

“En el caso sub lite, resulta claro, que se presentó una privación injusta de la libertad, al desatender los requisitos exigidos en la ley para imponer una medida de aseguramiento, conllevando con ello, a mantener privado de su libertad al señor Orlando Correa Salazar de forma arbitraria durante el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2004 hasta el 7 de diciembre de 2006, lo cual arrojó un término de privación de la libertad 1 año 11 meses y 21 días”¹¹.

¹¹ Folios 242 a 246, cdno. ppal.

En lo que atañe a la indemnización de perjuicios, el tribunal accedió al reconocimiento de los morales, los cuales tasó, “según su prudente juicio”, en las cantidades referidas al inicio de esta providencia y en favor de las personas allí relacionadas, de quienes, afirmó, acreditaron su legitimación en la causa; sin embargo, negó el perjuicio moral solicitado por quienes alegaron la calidad de hermanos, pues, en su sentir, no se acreditó la relación afectiva entre éstos y la víctima.

En cuanto a los perjuicios materiales, accedió al lucro cesante solicitado, para lo cual señaló que el afectado con la medida devengaba, para la época de la detención, al menos un salario mínimo legal mensual vigente como conductor de taxi, pero negó el daño emergente solicitado por pago de honorarios profesionales, pues afirmó que, aunque obran los comprobantes de pago efectuados por ese concepto, los mismos no fueron efectuados por el afectado con la medida y, en lo que atañe al pago de \$3'000.000.00, negó tal reconocimiento, pues obra prueba de que la indemnización integral a la víctima dentro del proceso penal fue asumida por quienes fueron declarados responsables de los delitos investigados.

Asimismo, negó el reconocimiento del “daño a la vida de relación”, pues “... *no existen las suficientes pruebas que tengan la envergadura para clarificar su (sic) la situación afectó en sí el desarrollo de las actividades cotidianas que antes realizaba el accionante*” (folio 253).

Por otra parte, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Rama Judicial y del Ministerio de Defensa, para lo cual dijo que ninguna actuación suya determinó el daño.

Recursos de apelación

Inconformes con la decisión anterior y encontrándose dentro de la oportunidad legal, la Fiscalía General de la Nación y la parte demandante interpusieron sendos recursos de apelación.

1. La Fiscalía General de la Nación¹² discrepó de la tesis de la responsabilidad objetiva que, a su juicio, aplicó el tribunal como fundamento de la declaratoria de responsabilidad en su contra, ya que los asuntos penales que se rigen por la ley 600 de 2000, como este caso, se deben analizar a luz de los criterios que rigen la falla del servicio, si se tiene en cuenta que esa norma derogó las presunciones que contenía el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, sobre la privación injusta de la libertad.

Argumentó que, en este asunto, la pérdida de la libertad del señor ORLANDO CORREA SANDOVAL tuvo como fundamento “los indicios” que existían en su contra según el material probatorio, es decir, la medida de aseguramiento se justificó en razones jurídicamente atendibles que se ajustaban a las exigencias sustanciales y formales.

Puntualizó que, como la absolución se produjo en aplicación del principio in dubio pro reo, ello excluye la noción de detención injusta y, en consecuencia, el daño alegado por los actores no es antijurídico.

Por último, señaló que no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios dispuestos por el a quo, pues no resultan procedentes.

2. La parte demandante¹³ solicitó que se acceda al reconocimiento del daño emergente, pues si bien se acreditó que el pago de \$5'000.000.oo, por concepto de honorarios profesionales, fue realizado por la señora LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ, ella no es un tercero ajeno al proceso de reparación, ya que tiene la calidad de demandante, en condición de compañera permanente del afectado.

Alegó que el señor CORREA SALAZAR pagó parte de la indemnización en favor de la parte civil dentro del proceso penal (\$3'000.000.oo), pago que tuvo que sufragar con miras a obtener la libertad provisional.

Igualmente, pidió que se acceda al perjuicio moral solicitado por los hermanos de la víctima directa del daño, pues, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del

¹² Folios 274 a 282, cdno. ppal.

¹³ Folios 283 a 292, cdno. ppal.

Consejo de Estado, en los casos de privación injusta de la libertad con la prueba del parentesco se presume el padecimiento moral de los parientes cercanos.

Por último, solicitó que se reconozca el daño o el perjuicio a la vida de relación, el cual es reconocido en los eventos de privación injusta de la libertad.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Los recursos de apelación interpuestos fueron concedidos por el *a quo* el 22 de mayo de 2012¹⁴ y admitidos por esta corporación, mediante auto del 27 de julio de 2012¹⁵.

El 29 de noviembre de 2012¹⁶, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto.

1. La **Fiscalía General de la Nación**¹⁷ y la **parte demandante**¹⁸ reiteraron los argumentos expuestos en los sendos recursos de apelación.

2. La **Policía Nacional**¹⁹ insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva que se declaró en el fallo recurrido.

3. La **Rama Judicial** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de los recursos 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

¹⁴ Folio 334, cdno. ppal.

¹⁵ Folio 342, cdno. ppal.

¹⁶ Folio 359, cdno. ppal.

¹⁷ Folios 360 a 364, cdno. ppal.

¹⁸ Folios 376 a 380, cdno. ppal.

¹⁹ Folios 365 a 368, cdno. ppal.

esta corporación el 9 de septiembre de 2008, 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 Estado²⁰, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

2. Ejercicio oportuno de la acción

En concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos²¹, en los eventos de privación injusta de la libertad el término de caducidad de dos (2) años se cuenta a partir del día siguiente al momento en el cual el sindicado recupera la libertad y/o **queda ejecutoriada la providencia** absolutoria –lo último que ocurra-.

Para iniciar el conteo del término de caducidad, la Sala tendrá en cuenta la fecha en que cobró fuerza ejecutoria la sentencia del 5 de diciembre de 2006, a través de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) absolvió de responsabilidad penal al señor ORLANDO CORREA SALAZAR, esto es, el **18 de esos mismos mes y año**²².

Así las cosas, la acción de reparación directa debía ejercerse, en los términos del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., hasta el **19 de diciembre de 2008**. Como la demanda se presentó el **12 de diciembre de este mismo año**, resulta claro que ello ocurrió dentro de la oportunidad legal prevista para tal fin.

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

Previo a analizar los supuestos de responsabilidad aplicables a este caso, es necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor ORLANDO CORREA SALAZAR, según la demanda, entre diciembre de 2004 y diciembre de 2006, cuando fue absuelto de responsabilidad penal, de manera tal que se evidencia que los hechos que se

²⁰ Expediente 2008 00009.

²¹ Ley 446 de 1998 del 7 de julio de 1998.

²² Si se tiene en cuenta que la sentencia se notificó personalmente el 12 de diciembre de 2006 (folio 741, cdno. 2) y no fue recurrida por ninguna de las partes (folio 753, cdno. 2).

someten a conocimiento de la Sala ocurrieron en vigencia de la Ley 270 de 1996²³, que establece:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

“(…)

“ARTÍCULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

En atención a las normas transcritas, la Sala consideró en varias oportunidades que cuando una persona privada de la libertad era absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último quedaba libre en aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, se configuraba un evento de detención injusta y, por tanto, procedía la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado.

En otras palabras, bastaba con que se presentara una privación de la libertad y que el proceso penal no culminara en condena, cualquiera que fuera la razón, para que quien la sufría recibiera una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se encontrara ajustada a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de la privación de la libertad fuera antijurídico o no y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

Sin embargo, en sentencia del **15 de agosto de 2018**²⁴, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó dicha posición y dispuso que, en esos casos, esto es, en aquellos en los que el juez penal o el órgano investigador levante la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encuentre que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado

²³ La Ley 270 de 1996 entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

²⁴ Expediente 46.947.

respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, es necesario hacer el respectivo análisis de responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, es decir, identificar la antijuridicidad del daño.

La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación del daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Para el efecto, acudió al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que dispone que el daño *“se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”*, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto, en tal evento, se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

En consecuencia, la Sala pasa a estudiar, de acuerdo con el material probatorio válidamente aportado al proceso, si existe responsabilidad del Estado por los daños causados a los demandantes, con ocasión de la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor ORLANDO CORREA SALAZAR.

4. El caso concreto

Pues bien, conforme al material probatorio se tiene claro que:

4.1 El **3 de diciembre de 2004**, en ejercicio de su actividad como conductor de taxi, el señor ISMAEL RIVERA fue abordado por tres personas, entre ellas una

mujer, que lo contrataron para que los llevara desde Ibagué hasta Melgar. Avanzado el recorrido, lo intimidaron con arma de fuego y le hurtaron el vehículo, luego de lo cual lo ataron de pies y manos y lo abandonaron en un paraje desierto, situación de la cual se pudo liberar para pedir ayuda²⁵.

4.2 Días después del hurto, la víctima puso en conocimiento de las autoridades que los delincuentes lo estaban llamando para exigirle una suma de dinero por darle información sobre la ubicación de su vehículo, dinero que convino entregar en el Terminal de Transportes de Ibagué; así, **el 16 de diciembre de 2004**, agentes camuflados del GAULA lo acompañaron hasta el lugar y, una vez entregó la suma convenida, se dirigió con el extorsionista, quien portaba uniforme militar, a tomar un taxi estacionado en las inmediaciones del terminal, momento en el cual los agentes procedieron a capturar a: i) CARLOS ORLANDO NOGUERA, quien recibió el dinero, ii) ALFREDO APONTE, persona que lo esperaba en la entrada y iii) ORLANDO CORREA SALAZAR, conductor del taxi²⁶.

4.3 La Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales Especializados del Circuito de Ibagué abrió la instrucción penal, con el fin de esclarecer los hechos delictivos puestos en su conocimiento y ordenó la vinculación de los capturados, mediante indagatoria.

4.4 En las respectivas indagatorias: i) CARLOS ORLANDO NOGUERA manifestó²⁷ que un señor de nombre “CARLOS” lo contactó para que le recogiera un dinero en el Terminal de Transportes de Ibagué y para que, luego, en el taxi contratado para ese servicio, llevara a la persona que recibió el pago hacia el barrio “Ancón” de la misma ciudad, donde se encontraba el vehículo hurtado y ii) ALFREDO APONTE manifestó²⁸ que estaba en el lugar, porque acompañaba a CARLOS ORLANDO NOGUERA, para que no le fueran a robar el dinero que le estaban exigiendo a una persona por dar la información de un vehículo.

²⁵ Folio 15, cdno. 2

²⁶ Según el informe de procedimiento de captura (folios 6 a 12, cdno. 2)

²⁷ Folios 95 a 99, cdno. 2

²⁸ Folio 70, cdno. 2

Ambos capturados afirmaron que, días antes, desde los teléfonos celulares que portaban, habían llamado a la víctima, para negociar la entrega del dinero y convinieron con ésta la forma y el lugar donde se encontrarían.

Respecto de la presencia del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, ambos dijeron no conocerlo, pero que “CARLOS” les manifestó que había contratado un taxista para que los llevara al barrio “Ancón”.

4.5 En su indagatoria²⁹, el señor ORLANDO CORREA SALAZAR se declaró inocente de todo cargo y fue enfático en señalar que desconocía los hechos que se investigaban, esto es, el hurto, el secuestro y la extorsión de los cuales fue víctima el señor ISMAEL RIVERA.

Aclaró: i) que era taxista de profesión, ii) que manejaba el taxi de propiedad del señor TEÓFILO RONCANCIO y aportó los documentos que lo soportaban y iii) que, el día de la captura, a propósito de su actividad como conductor de taxi fue contratado por un señor de nombre “CARLOS” –luego se supo que se trataba de la misma persona a la cual hicieron referencia CARLOS ORLANDO NOGUERA y ALFREDO APONTE en sus respectivas indagatorias- para que lo recogiera a él, es decir, al señor de nombre “CARLOS” y a un “soldado” “abajo del terminal” y que, luego, los llevara hasta un garaje ubicado en el barrio “Ancón” de Ibagué, lugar que le había señalado previamente.

4.6 En la denuncia que presentó el 16 de diciembre de 2004, el señor ISMAEL RIVERA³⁰ hizo una descripción física de los dos hombres (la otra persona, recuérdese, era una mujer) de quienes dijo lo habían intimidado, secuestrado y hurtado el taxi el 3 de diciembre anterior e, incluso, hizo un retrato hablado de uno de ellos y manifestó que los reconocería si los volviera a ver.

4.7 La Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Ibagué, en decisión del **27 de diciembre de 2004**³¹, **decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, sin beneficio de libertad provisional**, en contra, entre otros, del señor

²⁹ Folio 74, cdno. 2

³⁰ Folio 15, cdno. 2

³¹ Folios 167 y ss., cdno. 2

ORLANDO CORREA SALAZAR, como presunto coautor responsable del delito de hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado, porte ilegal de armas y extorsión tentada.

Consideró esa Fiscalía que se daban los dos indicios de responsabilidad penal necesarios para tal medida, por cuanto se logró la captura de esa persona en situación de flagrancia, cuando en un operativo policial se frustró la extorsión de la cual estaba siendo víctima un ciudadano y, además, por conocer el lugar –garaje ubicado en el barrio “Ancón”- donde se halló el vehículo hurtado días antes a quien estaba siendo extorsionando.

Agregó que se pudo verificar que las llamadas para extorsionar a la víctima del hurto se estaban realizando desde los celulares incautados el día de la captura a los señores CARLOS ORLANDO NOGUERA y ALFREDO APONTE.

El **15 de junio de 2005**, la fiscalía instructora calificó el mérito del sumario con **resolución de acusación**³² en contra, entre otros, del señor CORREA SALAZAR, como coautor del delito de hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado, porte ilegal de armas y extorsión tentada.

El órgano instructor reiteró que se daban, en su criterio, los indicios graves de responsabilidad en contra de los procesados, entre ellos, el señor ORLANDO CORREA SALAZAR, pues se les capturó en situación de flagrancia y, además, porque: i) el análisis técnico de los teléfonos móviles de los capturados CARLOS ORLANDO NOGUERA y ALFREDO APONTE arrojó que las llamadas extorsivas se hicieron desde aquéllos y ii) en su denuncia, el señor ISMAEL RIVERA expuso, en detalle, los hechos delictivos de los cuales fue víctima.

4.8 En decisión del **5 de diciembre 2006**³³, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué **profirió sentencia absolutoria** en favor del señor CORREA SALAZAR, pues, en su sentir, con las pruebas que obraban en el proceso penal no era posible establecer con plena certeza su responsabilidad como coautor de los punibles que le imputó la Fiscalía y, además, porque la prueba indiciaria que se construyó en su contra fue “endeble” y “no era lo suficientemente sólida”, como

³² Folios 195 a 213, cdno. 2

³³ Folios 676 a 725, cdno. 2

para edificar, a partir de ella, la responsabilidad del procesado; al respecto, dijo (se transcribe literal):

“... el proceso **no contiene ninguna prueba directa que comprometa a los procesados, porque no surgen elementos de juicio de los que se pueda argumentar con algún grado de probabilidad ... que fueron ellos quienes orientaron el secuestro y el hurto ... maxime que ... la víctima dice no reconocerlos.**

“Es que si bien es cierto, obran indicios ... **no alcanzan el alto grado de gravedad que permitan reconstruir el verdadero o aproximado desarrollo histórico de los hechos** ...

... en casos como este, donde no se cuenta con prueba directa ... se debe acudir a la construcción del llamado indicio necesario, que es el único que tiene mayor capacidad demostrativa, porque partiendo de un hecho o hechos indicadores, desde luego demostrados, a través del raciocinio o a la deducción se llega a conocer el hecho desconocido, como única opción, **pero, en ese caso, insístase, son variadas, por ende el indicio, es, apenas, contingente.**

“En el caso sub examine, **los indicios que se han construido, a partir de los hechos debidamente acreditados, son endeble y escasos y por más que se les concatene, entre sí, no tienen cohesión suficiente, como para predicar la certeza entorno a la autoría de los acusados, en relación con los hechos materializados de SECUESTRO SIMPLE, PORTE ILEGAL DEL ARMAS Y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.**

“Naturalmente, dentro de la concepción del Derecho Penal de acto, queda proscrita cualquier posibilidad de erigir la responsabilidad jurídica de una persona **con base en meras sospechas** ...”³⁴.

En lo que atañe al delito de extorsión en grado de tentativa, el juez condenó a los señores CARLOS EDUARDO NOGUERA CASTRO y ALFREDO APONTE, como responsables de este ilícito, por considerar que (se transcribe literal):

“Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el operativo desplegado por los agentes de la Policía Nacional que se apersonaron del caso, produjo la captura de los sujetos que hoy están sentados en el banquillo de los acusados en clara situación de flagrancia ... Tan es así que portaban los celulares a través de los cuales se hacían llamadas extorsivas.

“(...)”

“No es necesario hacer mayores esfuerzos para señalar, sin temor a equívocos que ... concertaron, planificaron e idearon perpetrar la extorsión

³⁴ Folio 704 y 705, cdno. 2.

... valiéndose del conocimiento que tenían acerca de donde se encontraba el taxi que había sido hurtado días antes; Para ello hicieron llegar los números de sus teléfonos celulares a efectos de entablar comunicación logrando así que la víctima se hiciera presente en el terminal de transporte ... con el fin de recibirle el dinero que se había pactado ...”³⁵.

Ahora, en lo que respecta a la responsabilidad del señor CORREA SALAZAR en cuanto al delito de extorsión tentada, el juez penal consideró (se transcribe tal como obra):

“El procesado en las diferentes salidas procesales se declara inocente argumentado que las imputaciones son injustas en cuanto no hizo parte del grupo de individuos que cometieron las conductas punibles.

“(…)

“Se concluyó desde los albores de la investigación, por el informe de policía, la denuncia formulada por el señor ISRAEL RIVERA e incluso por las mismas indagatorias, que el señor ORLANDO CORREA ... participó en las conductas punibles por las que fue convocado a juicio. **Conclusión a la que se llegó teniendo como base el hecho que hubiese estado presente en el lugar de los acontecimientos conduciendo el taxi que abordarían los delincuentes luego de recibir el dinero producto de la extorsión ...**

“La Fiscalía en la resolución de acusación argumento que el señor ORLANDO CORREA ... fue aprehendido en situación de flagrancia que su pensado era reunirse y estar presto a recoger a los otros dos sujetos ... en el vehículo taxi, que fuera de ello, colaboró junto con ellos indicándole a los del GAULA el lugar donde se encontraba el automotor materia de la litis ...

“**Sin embargo ... los medios de prueba legal y oportunamente aducidos al proceso ... no tiene la capacidad para llevar a la certeza que el citado es coautor responsable de la conducta punible por la que se procede ...**

“**No existen elementos de prueba directos que permitan establecer con total certeza que en realidad el señor ORLANDO CORREA SALAZAR participó en la extorsión de la que se estaba haciendo víctima al señor ISRAEL RIVERA, que quedo suspendida debido a la oportuna intervención del GAULA, y menos aún en los delitos de secuestro simple y hurto del referido señor, pues no existe un claro ensamblaje en aspectos objetivos que reposan en el plenario ...**

“(…)

“Este fallador analizando en conjunto y bajo los criterios de la sana crítica el caudal probatorio, llega a la conclusión que el **proceso no contiene el acopio de pruebas necesario para deducir, con certeza, la responsabilidad penal de ORLANDO CORREA SALAZAR, en la ilicitud tantas veces citada, por que en verdad no existe ni una sola prueba en su contra, no se allegó prueba diáfana, para establecer su participación, no hay demostración plena de que hubiese estado predestinado a**

³⁵ Folios 707 y 710, cdno 2

extorsionar al señor ISRAEL RIVERA, por tanto, se impone favorecerlo con sentencia absolutoria ...”³⁶.

4.9 Proferida la sentencia absolutoria, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué **expidió la boleta de libertad 041 del 7 de diciembre de 2006**³⁷, en favor del señor ORLANDO CORREA SALAZAR y, en consecuencia, le solicitó a la Penitenciaría Nacional de Picalaña dejarlo en libertad.

Se acreditó, entonces: i) que el señor ORLANDO CORREA SALAZAR fue capturado el **16 de diciembre de 2004**, por su presunta participación en la comisión del delito de extorsión, ii) que, con ocasión de lo anterior, el 27 de diciembre siguiente la Fiscalía le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautor de los delitos de hurto calificado agravado, secuestro simple, porte ilegal de armas de fuego y extorsión tentada, iii) que, el 15 de junio de 2005, la Fiscalía lo acusó ante los jueces penales por los delitos que le endilgó cuando resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento y iv) que, finalmente, mediante sentencia **del 5 de diciembre de 2006**, el juez penal de conocimiento profirió sentencia absolutoria a su favor, por lo cual recobró su libertad el **7 de diciembre del mismo año**.

Pues bien, atendiendo a la actual postura de esta Sección, previo a analizar la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de los postulados del artículo 90 Constitucional, para la Sala es preciso determinar la incidencia que pudo haber tenido la víctima en la materialización del daño que alegó, esto es, la privación de su libertad, siendo necesario precisar que, para que el hecho de la víctima rompa el nexo causal, la actuación de ésta tiene que haber sido determinante para la producción del daño y, además, ajena, imprevisible e irresistible para la parte demandada.

Se tiene claro, a partir del material probatorio revelado en precedencia, que el señor ORLANDO CORREA SALAZAR fue capturado en una presunta situación de flagrancia, cuando se consideró que, por el hecho de encontrarse en las inmediaciones del Terminal de Transportes de Ibagué, donde esperaba a unas personas a quienes se les estaba haciendo seguimiento por el delito de extorsión y,

³⁶ Folios 715 y 716, cdno. 2

³⁷ Folio 731, cdno. 2

además, por tener conocimiento del lugar -barrio “Ancón” de Ibagué- donde, posteriormente, se encontró el vehículo hurtado a la víctima de ese delito, también estaba involucrado en la extorsión, así como en los punibles de hurto agravado calificado, secuestro simple y porte ilegal de armas, los cuales investigaba la Fiscalía, en virtud de la denuncia interpuesta por la víctima de estos delitos.

El órgano instructor encontró esos elementos circunstanciales suficientes para imponer la medida de aseguramiento en contra del procesado; sin embargo, a juicio de la Sala, su presencia en el lugar y el conocimiento que tenía del barrio “Ancón” **se justificaban por la actividad que como taxista ejercía al momento de los hechos y en virtud de la cual, como lo afirmó él desde los albores de la investigación, fue contratado para realizar un “servicio” desde el Terminal de Transportes de Ibagué hasta dicho barrio.**

Desde el momento de su captura, el procesado afirmó ejercer una actividad lícita como conductor de taxi, en apoyo de lo cual aportó los documentos que acreditaban que se dedicaba al ejercicio legítimo de ese oficio, entre ellos, la tarjeta de propiedad y la tarjeta de afiliación del taxi a la Cooperativa MEGATAXI LTDA., así como la póliza del seguro de daños a terceros, cuyo tomador era el dueño del vehículo³⁸; además, señaló que desconocía las actividades ilícitas a las cuales se dedicaban las personas a las que debía transportar, que no tenía conocimiento de lo que ocurría en el garaje ubicado en el barrio “Ancón”, al cual debía dirigirse luego de recoger a unas personas en el terminal y que no sabía de la existencia de algún vehículo estacionado allí³⁹.

Pero la Fiscalía, al momento de imponer la medida de aseguramiento y calificar el sumario con resolución de acusación⁴⁰, consideró que el taxista sí sabía que en ese garaje –lugar al cual debía llevar a las personas que iba a recoger en el terminal- se encontraba el vehículo por cuya ubicación se estaba extorsionando a la víctima de ese delito; no obstante, en el plenario no existe prueba alguna de ello y, a juicio de la Sala, en el proceso penal no había realmente ninguna prueba directa al respecto, si la había se carece de información al respecto y, de hecho, en la diligencia de

³⁸ Documentos que portaba al momento de su captura y que le fueron decomisados en ese procedimiento (folios 8 y 9, cdno. 2).

³⁹ Folio 77, cdno. 2

⁴⁰ Folios 484 a 495, cdno. 2

indagatoria del señor ORLANDO CORREA SALAZAR lo que se lee (se transcribe como obra):

“PREGUNTADO: El 10 de diciembre de 2004 ... el señor ISRAEL RIVERA conducía su taxi por una vía de la localidad de Girardot, siendo requerido por dos hombres y una mujer para que los transportara hasta el hotel Chicala y una vez abordaron el vehículo a punta de armas de fuego y amenazas lo redujeron a la impotencia, procediendo a retenerlo hasta las primeras horas del día siguiente mientras dos de los delincuentes huían del lugar hurtándosele el vehículo. Para el 15 de diciembre de 2004, el afectado recibió ... dos números de celular que unos individuos le enviaban para que se comunicara con ellos, **pues aducían saber del paradero del vehículo hurtado**, y una vez este logra comunicación con estos, le exigían la suma de \$10 millones por la devolución del vehículo, logrando finalmente negociar dicha exigencia en la suma de \$5 millones que debían entregar en el terminal de transportes de esta ciudad. Así el 16 de diciembre de 2004, con la asesoría del grupo GAULA REGIONAL IBAGUE el afectado se dirigió al lugar de encuentro en donde resultaron capturados en inmediaciones del terminal de transportes de esta ciudad ... CARLOS NOGUERA CASTRO ... y ALFREDO MARÍN MARÍN quien cumplía labores de campanero ... Con dicha conducta usted podría haber incurrido en los tipos penales de SECUESTRO SIMPLE, HURTO CALIFICADO AGRAVADO, PORTE ILEGAL DE ARMAS Y EXTORSIÓN ... CONTESTO: Yo me considero inocente ... **A mí me ubico un señor ... (refiriéndose a el señor CARLOS alias CHICOTE) me dijo que si le podía hacer unos servicios de taxi que el me daba \$200 mil pesos entonces yo le dije que había que colocar el taxímetro que por que eso se cobra por servicio, por carrera o por hora, y él me dijo que no que no importaba que le hiciera el servicio que el me daba la plata ... CARLOS alias CHICOTE me llamó por teléfono él tiene mi número de celular desde hace tiempo ... entonces el me contacto para que les hiciera ese servicio, el me dijo que era para que lo recogiera con el soldado y los llevara a ANCON, entonces yo fui y los lleve, porque él me dijo que no había problema de ley ni nada de eso, que ellos me pagaba ese servicio, que fresco que yo no iba a tener problemas de nada, los lleve a ANCON fueron y miraron el garaje según eso que el dueño vivía ahí, volvía con ellos a la 18, ahí se quedó y ellos el soldado y yo seguí en el taxi con el otro señor hasta más abajo del terminal, él se quedó más abajo y yo tenía que dar la vuelta al terminal con el señor que iba a subir y volverlo a llevar a ANCON y volverlo a bajar al terminal, eso era todo lo que yo tenía que hacer, y cuando el señor se estaba subiendo con el soldado fue cuando nos capturaron, yo no sabía que era un secuestro ni nada de eso ... el (sic) (refiriéndose a la persona que lo contrató) no me dijo que (sic) era lo que iban a hacer ni nada y esa es la verdad, yo no se que hará ese señor no se de donde se rebuscara el sustento, no le conozco empleos a él ... PREGUNTADO: **Recuerda Usted si dentro del garaje se encontraba vehículo alguno**, en caso de ser cierto de que tipo. CONTESTO: **NO señora yo no se si había o no, solo se que miraron pero yo no vi abierto el garaje, yo no se nada**”⁴¹.**

Como se ve el señor CORREA SALAZAR sostuvo que: i) ejercía de manera legítima el oficio de taxista, motivo por el cual, según lo señaló, fue contratado para realizar

⁴¹ Folios 76 y 78, cdno. 2

un servicio de taxi y ii) desconocía tanto las actividades ilícitas que pudieran estar desarrollando las personas que transportaba, como la existencia del vehículo en el garaje ubicado en el barrio “Ancón”. Estas afirmaciones no fueron desvirtuadas en ninguna de las etapas del proceso penal (labor que correspondía a la fiscalía encargada de la instrucción, por ser tarea suya desvirtuar la presunción de inocencia del sindicado), pues, ningún elemento de juicio se obtuvo para demostrar que, contrario a su dicho, él sí sabía de las conductas punibles que se investigaban, es decir, que sí tenía conocimiento de la extorsión que resultó frustrada y que sabía que en el garaje ubicado en el barrio “Ancón” se encontraba el vehículo hurtado días antes, cuya existencia, dicho sea de paso, él ignoraba, según lo advirtió en su indagatoria cuando afirmó que no sabía si dentro del garaje había algún vehículo⁴².

Por otra parte, la fiscalía instructora, para soportar tanto la medida de aseguramiento como la resolución de acusación⁴³, infirió que el señor CORREA SALAZAR era coautor del delito de extorsión tentada, pues esperaba a los extorsionistas a la salida del terminal y, además, les indicó a los agentes del GAULA dónde se encontraba el garaje ubicado en el barrio “Ancón”⁴⁴; sin embargo, para la Sala es claro que no obra prueba que soporte la inferencia que hizo la Fiscalía, al punto que el juez penal, al momento de proferir la decisión absolutoria, concluyó que: “... *el proceso no contiene el acopio de pruebas necesario para deducir, con certeza, la responsabilidad penal de ORLANDO CORREA SALAZAR, en la ilicitud tantas veces citada <alude a la extorsión>, porque en verdad **no existe ni una sola prueba en su contra, no se allegó prueba diáfana, para establecer su participación, no hay demostración plena de que hubiese estado predestinado a extorsionar al señor ISRAEL RIVERA**, por tanto, se impone favorecerlo con sentencia absolutoria ...*”⁴⁵.

Ahora, si bien en su indagatoria el señor CORREA SALAZAR afirmó que la persona que lo contactó para el servicio de taxi le dijo que “... *no había problema de ley ni nada de eso, que ellos me pagaba (sic) ese servicio, que fresco que yo no iba a tener problemas de nada*”, a partir de ello no puede la Sala lanzar juicio alguno de reproche en su contra, pues, en el contexto en el que lo manifestó, es dable pensar

⁴² Recuérdese que sobre el particular se dijo textualmente: “... PREGUNTADO: Recuerda Usted si dentro del garaje se encontraba vehículo alguno, en caso de ser cierto de que tipo. CONTESTO: NO señora yo no se si había o no, solo se que miraron pero yo no vi abierto el garaje, yo no se nada” (folio 78, cdno. 2).

⁴³ Folios 167 a 179 y 195 a 213, cdno. 2.

⁴⁴ Folio 178, cdno. 2

⁴⁵ Folios 715 y 716, cdno. 2

que se refería al pago de los \$200.000.00 que le ofrecieron por el servicio, teniendo en cuenta que el señor CORREA SALAZAR había advertido antes que “... *había que colocar (sic) el taxímetro que por que (sic) eso se cobra por servicio, (sic) y él me dijo que no que no importaba que le hiciera el servicio que el me daba la plata*”.

Así las cosas, como no obra prueba alguna de la razón de las afirmaciones de la Fiscalía, pues ninguna de ellas acredita que el señor CORREA SALAZAR sí tenía conocimiento del delito de extorsión que estaban cometiendo las personas que debía transportar y de que en el garaje del barrio “Ancón” se encontraba el taxi hurtado días antes, es claro que no se tiene evidencia de que él hubiera incurrido en conducta alguna que pudiera haber estado afectada de dolo o culpa grave, a la luz del artículo 63 del Código Civil y que, en consecuencia, él haya dado lugar a la investigación que se adelantó en su contra.

Se agrega que la Fiscalía, debiendo esclarecer la actividad lícita declarada por el procesado, consistente en que desde hacía seis años manejaba el taxi del señor TEÓFILO RONCANCIO, ni siquiera se tomó la molestia de ubicar a este último para tomar su testimonio en orden a verificar lo dicho por el señor CORREA SALAZAR.

Por otra parte, el órgano de instrucción no sopesó el hecho de que el celular del señor CORREA SALAZAR no estaba relacionado con ninguno de los dos teléfonos móviles desde donde se hacían las llamadas extorsivas a la víctima del hurto investigado, ya que, desde el mismo momento de las capturas, se supo con certeza⁴⁶ que estos dos celulares pertenecían a los otros dos detenidos en el mismo procedimiento y que sí se hicieron llamadas extorsivas desde aquéllos, ni tuvo en cuenta que en las declaraciones de estas otras dos personas –quienes desde su captura confesaron su participación en la extorsión- se enfatizó de manera congruente que el “taxista” había sido contratado por “CARLOS” para hacer el recorrido desde el terminal hasta el barrio “Ancón”, afirmación que se debió investigar o, al menos, en procura de desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al procesado.

⁴⁶ Folios 8 a 10, cdno. 2

Ahora bien, es cierto que el señor CORREA SALAZAR no fue claro en su diligencia de indagatoria⁴⁷ en cuanto a los detalles del recorrido que debía seguir y en relación con las personas a las cuales debía transportar, pero ello no tiene la entidad suficiente como para edificar a partir de ahí el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad y menos teniendo en cuenta que dentro de la investigación existían pruebas que respaldaban su presunción de inocencia, tales como los documentos que portaba al momento de su captura y que acreditaban el ejercicio legítimo de su actividad como conductor de taxi, el celular que portaba –el cual no estaba relacionado con los números desde los cuales se realizaba la extorsión- y la declaración de los extorsionistas confesos que lo desligaban de la comisión de ese delito.

En relación con lo acabado de mencionar, el juez penal de la absolución consideró (se transcribe literal):

“Es que si bien en la diligencia de indagatoria el señor ORLANDO CORREA ... incurrió en algunas contradicciones, que podrían ser considerados indicios en su contra, de una parte, como el que no haya habido precisión con relación con quien lo contrató o donde recogió al señor ... no alcanzan un grado de gravedad que permitan reconstruir el verdadero o aproximado desarrollo histórico de su presunta intervención, y de otra, porque obran varios hechos que permiten identificar, como contrapartida unos contraindicados que lo favorecen, es mas nada mas claro que el dicho de los señores ... quienes son coincidentes en manifestar que el señor ORLANDO CORREA SALAZAR no tuvo nada que ver en los hechos que se investigan, que simplemente se encontraba desarrollando su oficio como taxista”⁴⁸.

En suma, la Sala no encuentra elementos de juicio suficientes para concluir que alguna conducta del afectado directo con la medida de aseguramiento contribuyó de manera determinante a que se le involucrara en la investigación que le adelantó la Fiscalía General de la Nación.

Dilucidado lo anterior, pasa la Sala a constatar si, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, el daño que sufrió el señor ORLANDO CORREA SALAZAR con la privación de su libertad es imputable al Estado, es decir, si fue un daño antijurídico o no.

⁴⁷ Folios 74 a 78, cdno. 2

⁴⁸ Folio 717, cdno. 2

Cabe recordar que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto⁴⁹ y que, por lo tanto, como lo dijo la ya citada jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado (expediente 46.947), la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando **se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan**. De dicho pronunciamiento es importante destacar lo siguiente:

“... las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, **‘con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley’**⁵⁰ y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, **se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige**, mientras se define la responsabilidad del investigado.

“Sobre el rango constitucional de la medida restrictiva de la libertad se encuentra que el numeral 1 del artículo 250, antes de ser modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002⁵¹, obligaba a la **Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requirieran para asegurar que el imputado compareciera al proceso penal**, lo que, como ya se dijo, es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva; se trataba, entonces, de una excepción de estirpe constitucional, respecto del artículo 28 superior.

“(…)”

“Dichas atribuciones fueron replicadas en el artículo 120 del Decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal expedido en vigencia de la Constitución de 1991 ...”

⁴⁹“En efecto (...) considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.

“Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos ‘absolutos’, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los ‘derechos absolutos’ tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho” (Corte Constitucional, sentencia C-475 de 1997).

⁵⁰ Como lo disponían, por ejemplo, los artículos 396 y 397 del Decreto 2700 de 1991 y el artículo 357 de la Ley 600 de 2000.

⁵¹ Con arreglo a las modificaciones que introdujo ese Acto Legislativo, la Fiscalía quedó facultada para “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” (se subraya).

(...)

“Además, ese Código (el Decreto 2700 de 1991) disponía que **la aplicación de las medidas de aseguramiento debía obedecer a la existencia de, por lo menos, un indicio grave de responsabilidad del investigado**, derivado de las pruebas legalmente recaudadas y que ellas debían adoptarse a través de una providencia interlocutoria en la que se hiciera referencia a la ‘probable responsabilidad del sindicato’ como autor o partícipe del hecho investigado. **Aquellas disposiciones fueron reiteradas, en términos similares, en los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000**, derogatoria de aquél código, y en los artículos 296 y 308 de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal que, además de preconizar el carácter excepcional de las medidas de aseguramiento, se ajusta a los preceptos internacionales contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más concretamente a lo contemplado en el artículo 7⁵², en el que se reconocen y se admiten las facultades coercitivas de los Estados para restringir el derecho universal de la libertad y, de manera coherente, no sanciona la restricción en caso de liberación de responsabilidad penal.

“(...)

“Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que **medie un mandamiento escrito** de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como **la existencia de indicios en su contra**), **requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.**

“De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el

⁵²“Derecho a la Libertad Personal

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

“2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

“3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

“4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

“5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

“6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.

“Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez⁵³- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que –en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación– implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país⁵⁴ (art. 388 del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso –como lo exigen las normas transcritas– y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena”.

Entonces, conforme a la sentencia de unificación, cuando la medida de aseguramiento no satisface los presupuestos legales atendibles, es decir, cuando no media una orden judicial escrita o cuando no se soporta en un indicio grave o en dos indicios graves de responsabilidad penal –según la ley de procedimiento aplicable-, la privación de la libertad se torna injusta y, en consecuencia, surge para el Estado el deber jurídico de reparar el daño que esa situación causó.

En el sub lite, se tiene que, conforme a lo previsto en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal vigente para el momento de los hechos que motivaron la demanda, esto es, la ley 600 de 2000, la medida de aseguramiento de detención preventiva “*Se impondrá **cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad** con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”.*

⁵³ En virtud del Acto Legislativo 3 de 2002 que modificó el artículo 250 de la Constitución Política.

⁵⁴ Por ejemplo, ver sentencia de 29 de julio de 2015 (expediente 36.888).

La Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Ibagué – encargada de la instrucción- soportó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, en lo que, según su criterio, consideró indicios graves de responsabilidad penal, los cuales estructuró, a partir de: i) el hecho de que señor ORLANDO CORREA SALAZAR “... *hubiese estado presente en el lugar de los acontecimientos conduciendo el taxi que abordarían los delincuentes luego de recibir el dinero producto de la extorsión ...*” (folio 716), ii) su conocimiento sobre el lugar donde se encontraba el vehículo hurtado (barrio “Ancón” de Ibagué) y iii) la identidad entre los teléfonos móviles que fueron incautados en el procedimiento de captura y aquellos desde donde se producían las llamadas extorsivas atrás mencionadas.

Sin embargo, como lo concluyó el juez de la absolución, los elementos circunstanciales no eran lo suficientemente sólidos y no tenían “alto grado de gravedad” como para soportar la acusación, ya que “**son endebles y escasos por más que se les concatene, entre sí, no tienen cohesión suficiente, como para predicar la certeza en torno a la autoría ... en relación con los hechos materializados de los acusados**”.

Claramente, el elemento circunstancial, determinado por la presencia del procesado en el lugar donde se llevaba a cabo la extorsión, encontraba justificación en la actividad ejercida por éste al momento de los hechos –conductor de taxi- y en desarrollo de la cual fue contratado para prestar un servicio, justificación que le restaba contundencia al indicio –ya no podía calificarse como grave-, siendo, entonces, ese elemento circunstancial solo una situación contingente.

Ahora, desde su captura, las otras dos personas aprehendidas en el procedimiento en que también lo fue el señor CORREA SALAZAR aceptaron que realizaban llamadas extorsivas a la víctima del hurto, lo cual se verificó desde el comienzo, pues sus números telefónicos coincidían con los de las llamadas entrantes recibidas por aquella, cosa que no sucedía con el celular que le fue incautado a dicho señor, ya que su número telefónico no figuraba como alguno de aquellos desde los cuales se hacían tales llamadas y para la Sala es claro que el solo hecho de portar un celular no es indicio de nada.

Como se ve, es claro que no habían indicios suficientes siquiera para que la Fiscalía soportara medida de aseguramiento alguna en contra del acá demandante y, además, se advierte que:

- Si bien durante la captura y la diligencia de indagatoria⁵⁵ el señor CORREA SALAZAR se manifestó ajeno a los hechos delictivos investigados y enfatizó que era taxista y que trabajaba desde hacía algunos años conduciendo el taxi de propiedad del señor TEÓFILO RONCANCIO, la Fiscalía en ningún estadio procesal se ocupó de investigar –como se dijo- si eso era cierto y no emprendió labor investigativa alguna tendiente a corroborar esa exculpación, como, por ejemplo, citando a declarar al dueño del vehículo, cuya ubicación podía intentar por conducto del mismo procesado.

- Desde el comienzo de la investigación penal, quien denunció los hechos que dieron lugar a ella por el delito de hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro simple agravado y porte ilegal de armas, por los cuales fue procesado el señor CORREA SALAZAR, hizo una descripción de los atacantes e, incluso, un retrato hablado de uno de ellos⁵⁶; sin embargo, la Fiscalía nunca cotejó las características físicas de aquél con esa descripción o con el retrato hablado hecho por el denunciante, a efectos de establecer si se trataba de la misma persona.

- Pese a que la víctima del hurto dijo que podía reconocer a los atacantes, la fiscalía no realizó un reconocimiento en fila de personas, con la finalidad de establecer si el señor CORREA SALAZAR era alguno de ellos. Se tuvo que esperar hasta la etapa de juicio, es decir, más de un año después de que se dispusiera la medida de aseguramiento que afectó la libertad de éste, para que, en la audiencia pública y con presencia del procesado, aquélla afirmara: “... Y ese otro señor al momento de los hechos no estaba ahí (se deja constancia que el declarante se refiere al procesado ORLANDO CORREA)” (folio 655).

Vistas así las cosas, para la Sala es claro que la actuación de la Fiscalía General de la Nación determinó que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor

⁵⁵ Folios 10 y 74, cdno. 2

⁵⁶ Folio 15, cdno. 2

ORLANDO CORREA SALAZAR se tornara injusta, pues tenía la obligación de verificar que fueran satisfechos los requisitos formales y sustanciales para privarlo de su libertad, pero no lo hizo; así, omitió soportar, mediante indicios graves de responsabilidad, la medida de aseguramiento de detención preventiva que impuso, con lo cual comprometió, a título de falla del servicio, la responsabilidad del Estado.

En ese punto, es indispensable aclarar que, si bien el juez penal concluyó que la exoneración de responsabilidad del acá demandante se produjo con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, lo cierto es que no se demostró que el señor CORREA SALAZAR hubiera cometido los delitos que le fueron endilgados, pues –como ya se vio- no había prueba ni siquiera indiciaria en su contra que sirviera para soportar las decisiones que, en torno a la privación de su libertad, produjo la Fiscalía en desmedro de dicho señor.

Finalmente, la Sala precisa que la responsabilidad por los hechos acá debatidos recae únicamente en la Fiscalía General de la Nación, ya que fue ésta la que profirió las decisiones y medidas que afectaron al procesado.

Así, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que la parte actora no estaba en la obligación de soportar el daño que padeció y que el mismo debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la obligación para el Estado de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad del señor CORREA SALAZAR, a la cual dio lugar la actuación que adelantó la Fiscalía General de la Nación.

Vistas así las cosas, se confirmará la sentencia recurrida.

V. **UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

Antes de proceder al análisis de los perjuicios, la Sala encuentra necesario unificar su jurisprudencia en orden a definir criterios en torno al reconocimiento y a la liquidación del perjuicio material solicitado por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, advirtiendo que los criterios que aquí se adoptan son aplicables a todos los eventos en los que le corresponde al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase.

1 Unificación jurisprudencial en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente

Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales⁵⁷ y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios⁵⁸.

Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las **personas que ejercen profesionales liberales**, es decir, profesiones en las cuales “... **predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico**”⁵⁹, **están obligadas a “... expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”**.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el **derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente** (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto⁶⁰); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.

⁵⁷ Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2018, expediente: 46.666

⁵⁸ Entre otras, sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente: 41.861

⁵⁹ Tomado de www.ccb.org.co

⁶⁰ “ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA: Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:

“a. Estar denominada expresamente como factura de venta.

“b. Apellidos y nombre o razón (sic) y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.

“c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.

“d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.

“e. Fecha de su expedición.

“f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.

“g. Valor total de la operación.

“h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.

“i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas”.

Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, **cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales** cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) **la prueba de la real prestación de los servicios del abogado** y ii) **la respectiva factura** o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y **la prueba de su pago**, de suerte **que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida** por concepto de este perjuicio.

Ahora, si se prueba la prestación de los servicios por parte del abogado y se aportan tanto la factura como la prueba de su pago, pero no coinciden los valores expresados en ambos, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.

En todo caso, dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago.

2. Unificación jurisprudencial en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

Esta corporación concibe el lucro cesante como “... **la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima.** (sic) Pero que (sic) como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna”⁶¹ (se resalta).

⁶¹ Sentencia del 7 de julio de 2011 (expediente 18.008), que se reitera, entre otras, en sentencias del 21 de mayo de 2007 (expediente 15.989), del 1º de marzo de 2006 (expediente: 17.256) y del 1º de febrero de 2016 (expediente 55.149).

De manera insistente, la Sala de esta Sección ha dicho que, para que un perjuicio resulte indemnizable, se debe tener certeza del mismo:

“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el **requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización.** El **perjuicio indemnizable,** entonces, **puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético.** Para que el perjuicio se considere existente, **debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño,** por la actividad dañina realizada por la autoridad pública⁶². Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras⁶³ (negrillas y subrayas nuestras).

Ahora, en los eventos de privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado procedente acceder al reconocimiento del lucro cesante en favor de quien resultó afectado con una medida restrictiva de la libertad que, a la postre, resultó injusta y, en consecuencia, ha reconocido como indemnización por dicho concepto los “salarios y prestaciones sociales” que se causaron durante el tiempo que duró la detención; al respecto, ha dicho (se transcribe literal):

“En relación con estos pedimentos, advierte la Sala que la demanda no conceptúa adecuadamente las nociones de daño emergente y lucro cesante. Éstas se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:

‘Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y **por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento**’.

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, **el reconocimiento y pago** —que la parte actora solicita— **de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien**

⁶² En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección de 2 de junio de 1994 (expediente 8998) y de 27 de octubre de 1994 (expediente 9763).

⁶³ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006 (expediente 13.168).

económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva. De manera que, por tratarse este extremo de un asunto que toca con el rubro del lucro cesante, será abordado inmediatamente después de cuantificar el daño emergente”⁶⁴ (se resalta en negrillas).

Pero, con el devenir de la jurisprudencia, los pronunciamientos emitidos en torno a la liquidación del lucro cesante en los eventos de privación injusta de la libertad no mantuvieron criterios uniformes; así, se aplicaron de manera indistinta los presupuestos indemnizatorios para definir, por ejemplo, el período indemnizable y el ingreso base para la indemnización.

En efecto, sobre el tiempo adicional por reubicación laboral, la Sala de esta Sección, a partir de una sentencia del 4 de diciembre de 2006 (expediente 13.168), ha venido aplicando en sus pronunciamientos la regla conforme a la cual, para efectos de liquidar el lucro cesante en favor del afectado directo con una medida de aseguramiento que devino injusta, **al período indemnizable se le debe agregar “el tiempo que razonablemente tarda una persona en encontrar trabajo en Colombia, una vez decide emprender la búsqueda de nuevo empleo”**, esto es, **un período adicional por concepto de reubicación laboral del afectado con aquella medida**⁶⁵.

En un primer momento, este período adicional se reconoció en favor de quien probara que al tiempo de la detención mantenía un **vínculo laboral vigente**, es decir, que era empleado –lo cual encuentra sentido, por cuanto se tomó de un estudio que midió **el tiempo que tarda una persona en conseguir empleo dentro de un mercado laboral**–; sin embargo, esa posición no se mantuvo uniforme, pues, en pronunciamientos posteriores, ese período se reconoció también en los casos en los cuales el afectado con la medida ejercía una actividad como independiente, es decir, sin distinguir el vínculo de dependencia o independencia del afectado directo con la medida.

Luego, en pronunciamiento del **8 de noviembre de 2016** (expediente 44.753), la Sección retomó la exigencia del vínculo laboral y, en consecuencia, negó el lucro cesante solicitado por quien ejercía una actividad como independiente, por cuanto

⁶⁴ En sentencia del 4 de diciembre de 2006 (expediente 13.168).

⁶⁵ Hasta hoy la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado un tope máximo de 35 semanas con base en un estudio del Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano del SENA.

afirmó que se “presume” que las personas que desarrollan “actividades económicas – productivas por su propia cuenta” pueden continuar ejerciéndolas al tiempo que recobran la libertad, escenario en el cual no requieren, entonces, de un período adicional, para reubicarse laboralmente. Sobre este aspecto, allí se dijo (se transcribe tal como obra en el texto original):

“El Tribunal Administrativo a quo, al momento de liquidar el reconocimiento indemnizatorio aludido, señaló lo siguiente:

‘Sea lo primero advertir que respecto de la solicitud elevada en esta audiencia por la parte actora respecto del reconocimiento del 8.75 meses como término que según el SENA tarda una persona en reubicarse laboralmente, la Sala no accede a ello teniendo en cuenta que **el señor ... ejercía actividades productivas independientes (venta de ganado y comercio de motos), por lo que al no tener la calidad de asalariado no le resulta aplicable el estudio señalado**’.

“Frente a tal consideración, la parte actora mostró su inconformidad así:

‘No compartimos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de instancia, ya que el señor ..., como bien se manifiesta en la sentencia se dedicaba al comercio de motos y venta de ganado, actividad que no le fue posible volver a ejercer, por cuanto durante el tiempo que permaneció detenido perdió su capital y al salir de prisión se vio obligado a enfrentarse a la cruda realidad de buscar empleo, situación que no le era fácil por la estigmatización que había sufrido por parte de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto como lo dicen los declarantes los amigos ya no confiaban en él (...)

“La Sala confirmará la indemnización por concepto de lucro cesante **en el sentido de abstenerse de reconocer el parámetro jurisprudencial relacionado con el tiempo que tarda una persona en conseguir trabajo, por cuanto, este tipo de trabajadores desarrollan actividades económico-productivas por su propia cuenta y, cuando recobran su libertad se presume que continúan con el ejercicio de aquellas**”(se subraya y resalta).

Además, diferentes pronunciamientos reconocieron de oficio el período adicional (ver sentencia del 2 de diciembre de 2004) y otros lo hicieron solo cuando se había pedido en la demanda, para lo cual se dijo que debía prevalecer el principio dispositivo que impone al juez la obligación de someterse a los pedimentos de ésta.

En otra ocasión, la postura inicial (reconocimiento de oficio) se morigeró y, entonces, se sostuvo que habría lugar a reconocer el período adicional siempre que se tuvieran indicios de que el afectado con la medida de aseguramiento perdió el empleo por causa directa de la detención (ver sentencia del 10 de marzo de 2010, expedientes 37.099 y 36.950).

Por otra parte, esta Sección aplicó en algunos casos la “presunción” del salario mínimo legal mensual vigente al tiempo de la detención, como ingreso base de liquidación del lucro cesante, **ante la falta de prueba de tal ingreso**; así, en reiterados en reiterados pronunciamientos⁶⁶, la Sala de esta Sección optó por aplicar la regla de la experiencia conforme a la cual una persona que desempeña una actividad productiva devenga, al menos, un salario mínimo legal mensual vigente al tiempo de la detención.

En este sentido, se sostenía (se transcribe literal):

“Visto el dictamen pericial, se observa que, en efecto, los peritos señalaron que si bien estaba probada la actividad económica que el señor ... desempeñaba, no había **cómo establecer con certeza sus ingresos**, de ahí que lo estimó en dos salarios mínimos mensuales legales vigentes ... **La jurisprudencia de esta Corporación señala que se presume que toda persona que se dedica a alguna actividad productiva devenga, al menos, un salario mínimo mensual legal vigente.** De conformidad con la jurisprudencia, le asiste razón a la entidad apelante en cuanto señaló que no era procedente presumir que el ejercicio de la actividad comercial del señor ... le reportaba dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, **sin fundamento alguno para apartarse del precedente de esta Corporación.** Por lo anterior, la Sala procederá a liquidar de nuevo la indemnización” (se subraya y resalta).

En otras decisiones se aplicó la misma “presunción” cuando no existía prueba del desempeño de una actividad económica –al tiempo de la detención- por parte del afectado directo con la medida, siempre que este último estuviera en una edad productiva; por ejemplo, en pronunciamiento del 26 de agosto de 2015 (expediente 38.163), se dijo (se transcribe literal):

“si bien no se acreditó en el proceso que la víctima ejercía una actividad productiva para el momento del hecho y menos cuanto era su ingreso mensual, lo cierto es que el actor tenía para esa época 29 años de edad, por lo cual la Sala aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente”.

Luego, en sentencia del 5 de octubre de 2016 (expediente 43.127), se dijo (se transcribe literal):

⁶⁶ Entre otros, sentencias del 6 de diciembre de 2017 (expediente 41.581), del 23 de noviembre de 2011 (expedientes 45.206, 38.067, 45.206, 46.419 y 40.432), del 10 de noviembre de 2017 (expedientes 47.424 y 48.325), del 27 de marzo de 2014 (expediente 27.193) y del 11 de abril de 2012 (expediente 23.901).

“Aunque en la demanda se afirmó que dicha persona trabajaba en el taller ... como mecánico, no se arrió al proceso prueba que demostrara esta afirmación. No obstante lo anterior y en vista de que el demandante se encontraba en edad productiva, se presume que al menos debía devengar un salario mínimo mensual legal vigente producto del desempeño de alguna actividad económica. En este caso no se reconocerá el tiempo que una persona requiere para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad o acondicionarse en una actividad laboral, 8.75 semanas, toda vez que no se demostró en el proceso que el demandante hubiere estado en imposibilidad, tras recuperar la libertad, de seguir desempeñando alguna actividad laboral”.

Aplicada así la “presunción” acabada de mencionar, lo que se debía identificar no era si el afectado desempeñaba una “actividad productiva” al tiempo de la detención, sino si se encontraba para entonces en una edad “productiva” – entendida como tal aquella en que se alcanza la mayoría de edad y que se mantiene mientras no sobrevenga una incapacidad laboral o cognitiva-, para liquidar el perjuicio material conforme al valor del salario mínimo; pero, entendida así la regla de experiencia, como fundamento de la regla de la jurisprudencia, se puede incurrir –a no dudarlo- en el desatino de indemnizar un perjuicio inexistente, incierto o eventual, lo cual sucede –por ejemplo- si el afectado, pese a encontrarse en una “edad productiva”, es **improductivo**, porque por un acto volitivo decide no trabajar y depender de los ingresos que le proporcionan otros, evento en el cual no hay un perjuicio material cierto e indemnizable.

En alguna oportunidad, ante **la prueba de que el afectado con la medida no trabajaba**, la Sala negó el lucro cesante por él solicitado, así (sentencia del 23 de noviembre de 2017 (expediente 38.067):

“Está acreditado, según el testimonio de la señora Regina ..., esposa de uno de los detenidos y madre de los otros dos, que para la época en que fueron privados de la libertad, el **señor Salomón ... trabajaba en oficios varios**, es decir, en lo que le resultara, **pero no tenía ingresos fijos** y que **John ... laboraba como vendedor ambulante, mientras que Fabio ... Salomón no trabajaba** (testimonio rendido el 25 de mayo de 2004 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca) (folios 494 y 495, cuaderno 2).

“Así, **para calcular el lucro cesante reclamado por Salomón ... y Johny ... , pues Fabio Salomón no trabajaba y, por tanto, ningún ingreso dejó de percibir mientras estuvo privado de la libertad**, la Sala tendrá en cuenta el salario mínimo vigente en el año en que se produjo su captura (2000), esto es, \$260.100⁶⁷”.

⁶⁷ Decreto 2647 del 23 de diciembre de 1999.

Sobre el carácter real y cierto del perjuicio, la doctrina⁶⁸ ha señalado que:

“La certidumbre del perjuicio tiene algo que ver con su realidad pero expresa una dimensión particular. No se considerará como un perjuicio real la consecuencia de un acto o un hecho que no tiene incidencias nocivas para quien lo reclama ... **La realidad del perjuicio alegado es pues controlada en forma constante por el juez administrativo.**

“(…)

“... la realización de ciertas consecuencias de un hecho dañino ... **si son futuras pero ciertas deben incorporarse al perjuicio reparable. Si están rodeadas de un coeficiente de incertidumbre demasiado importante el juez las rechazará**” (se resalta y subraya).

Por su parte, esta corporación en la atrás mencionada sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.186, enfatizó (se transcribe literal):

“... el **perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable**, entonces, puede ser actual o futuro, pero, **de ningún modo, eventual o hipotético**” (se resalta).

Además de lo anterior, también se produjeron decisiones en las cuales se optó por incrementar el **ingreso base de liquidación en un 25% por concepto de prestaciones sociales**; sin embargo, en algunos casos se aplicó sólo en los eventos en los cuales se acreditó que el afectado directo con la medida tenía una vinculación laboral vigente al momento de su detención, mientras que en otros no se exigió tal vínculo.

Así, de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha aplicado la regla de la experiencia que sugiere incrementar el salario base de liquidación en un 25%, por concepto de las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho la víctima directa del daño.

Dicho incremento parte de los supuestos de que las prestaciones sociales “... *son una consecuencia de la relación laboral subordinada*” y constituyen “... **beneficios económicos consagrados legalmente a favor del trabajador** con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de éste originados durante la relación laboral o con motivo

⁶⁸ PAILLET, Michel: “La Responsabilidad Administrativa”, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, página 257.

*de la misma. Se causan adicionalmente al salario y por el simple hecho del servicio*⁶⁹.

Bajo esta óptica, se entendió que el incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales constituía una prerrogativa en favor del trabajador y, por ello, se exigió que para su reconocimiento se acreditara que la víctima mantenía un vínculo laboral vigente al momento en que se produjo el daño, es decir, la privación de su libertad.

Luego, en sentencia del 7 de octubre de 2009 (expediente 17.611), en garantía del principio de equidad, la Sala modificó su posición y abandonó la exigencia de la prueba del vínculo laboral, para reconocer también el 25% por concepto de prestaciones sociales para quienes trabajaban de manera independiente al ser privados de la libertad. En este sentido, precisó:

“Aunque la **labor productiva** a la cual se dedicaba el lesionado al momento del hecho dañoso **no correspondía a una actividad económica o laboral dependiente**, por la cual se pudiese sostener que parte de los ingresos periódicos por él percibidos estaban destinados, de manera ininterrumpida, al pago de prestaciones sociales para sí mismo, se **accederá a tal reconocimiento** –en el equivalente al 25% del salario base de liquidación–, **por razones de equidad y además porque su pago constituye un imperativo de rango constitucional de carácter irrenunciable**”.

Por otra parte, la Sala consideró que el incremento por concepto de prestaciones sociales no operaba de oficio y, por lo tanto, debía solicitarse en el libelo, como parte de la pretensión indemnizatoria⁷⁰; sin embargo, con el devenir de la jurisprudencia fue formándose la idea consistente en que se debe acceder a ese reconocimiento aun cuando no se haya solicitado, por cuanto las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa de carácter legal.

En suma, la Sala de la Sección optó por disponer indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, a partir de la aplicación de manera indistinta de presunciones de orden interpretativo; así, para la liquidación de este perjuicio, presumió que: i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, ésta recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no

⁶⁹ Sentencia del 4 de julio de 1997 (expediente 10.098).

⁷⁰ Sentencia del 7 de mayo de 1993 (expediente 7912).

que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos, ii) la víctima, luego de recobrar la libertad, requería un tiempo adicional para reubicarse laboralmente, sin importar para ello si era empleado o independiente y iii) el ingreso de la víctima debía incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, sin importar si, para cuando perdió libertad, era asalariado o no.

Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo⁷¹, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales podrían entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto; sin embargo, ello podría llevar a desconocer involuntariamente en algún caso que el reconocimiento de un perjuicio solo procede si ha sido solicitado por la parte interesada, lo que implica que ésta lo reclame de manera expresa y cuantifique su monto de manera razonada (artículo 162, numerales 2 y 6 del C.P.A.C.A. –antes artículo 137 del C.C.A.- y artículo 281 de C.G.P. –antes 305 del C. de P.C.-) y a ello se puede acceder siempre que dicha parte haya cumplido con la carga de acreditar tanto la existencia como la cuantía del perjuicio.

⁷¹ El principio dispositivo ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’.

“Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del **juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante** debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.

Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

Tratándose del lucro cesante causado durante la detención y de la imposibilidad de percibir un ingreso con posterioridad a la misma, el juzgador deberá tener en cuenta que no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico.

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

2.1 Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

2.1.1 Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder **lo que se pida en la demanda**, de forma tal que **no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso** por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno.

2.1.2 **Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente** que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.⁷²).

Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos**. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido

⁷² Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. **Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.**

una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

2.2 Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el **tiempo que duró la detención**, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, **el valor de los ingresos ciertos que**, de no haberse producido la privación de la libertad, **hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención** y, además, si se solicita en la demanda, **el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.**

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: *“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la*

falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión” (negrillas de la Sala).

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas⁷³, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁷⁴, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... *el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia*”.

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

⁷³ **“ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. “Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta”.

⁷⁴ Ver la cita 60 de la página 31.

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁷⁵, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las prestaciones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁷⁶.

Así, se **debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada**, de manera que **no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente**, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas.

VI. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

1. Perjuicios morales

El tribunal accedió al reconocimiento de este perjuicio, en la cantidad de: i) 40 SMLMV en favor del afectado directo con la medida, ii) 30 SMLMV para la compañera permanente y iii) 20 SMLMV para cada uno de sus hijos.

La Fiscalía cuestionó dicho reconocimiento, diciendo que no resultaba procedente, pues la detención a la cual fue sometido el actor constituía una carga que debía soportar.

Por otra parte, el a quo negó el perjuicio moral solicitado por quienes alegaron la calidad de hermanos del afectado directo con la medida, por considerar que ese tipo de perjuicio solo se presume respecto de los hermanos menores de edad. Los

⁷⁵ De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral.

⁷⁶ La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo: "En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino **la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales**; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales**, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente".

actores cuestionaron esta decisión, pues, en su criterio, el daño moral se presume respecto del afectado directo, sus padres, hermanos e hijos.

Pues bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, en los eventos en los cuales una persona es detenida, **se presume el dolor moral, la angustia y aflicción de la víctima directa del daño**⁷⁷; así mismo, dicho dolor se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, conforme a las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades; además, en sentencia del 28 de agosto de 2014 (expediente 25022) esta Sección sugirió una guía para la liquidación de este perjuicio inmaterial, que toma como parámetro el **tiempo que duró la detención**⁷⁸.

En este asunto, la Sala encuentra acreditado que: i) el señor ORLANDO CORREA SALAZAR o de su libertad desde el **16 de diciembre de 2004** – cuando se materializó su captura (folio 18)- hasta el **7 de julio siguiente** –cuando se emitió la respectiva boleta de libertad, en cumplimiento del fallo absolutorio (folio 731)-, es decir, durante **1 año, 11 meses y 21 días (23.7 meses)**, ii) los beneficiarios de la condena proferida por el tribunal a quo –LUZ NEYLA VARÓN (compañera permanente), HÉCTOR EDUARDO CORREA MORALES (hijo) y JHON MARIO CORREA VARÓN (hijo)- acreditaron los parentescos que invocaron en relación con el señor CORREA SALAZAR, según las pruebas obrantes a folios 18, 784 y 782, respectivamente y iii) los señores MARIBEL, LUIS ARVEY, ÁLVARO y BLANCA RUTH CORREA SALAZAR y MARÍA NOHELIA CAÑAVERAL SALAZAR son

⁷⁷ Ver entre otras, sentencia de 14 de marzo de 2002 (exp. 12.076).

⁷⁸ “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, conyugue o compañero permanente y parientes dentro del primer grado de consanguinidad, grado dentro del cual se encuentran los padres, **monto que se reduce al 50% del porcentaje de la víctima directa, para los parientes en segundo grado de consanguinidad, grado dentro del cual se encuentran los hermanos.**

“Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice (sic) 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”.

hermanos del señor CORREA SALAZAR, según sus respectivos registros civiles de nacimiento visibles a folios 785, 786, 787, 788 y 789 del cuaderno 2.

Atendiendo los parámetros sugeridos por esta corporación para la indemnización del perjuicio moral en los eventos en los cuales la privación injusta de la libertad es, como en este caso, **superior a 18 meses, el reconocimiento indemnizatorio debería ser de 100 SMMLV** para la víctima directa del daño, esto es, el afectado directo con la medida de aseguramiento, así como cada uno de sus parientes en primer grado de consanguinidad –padres e hijos- y para la cónyuge o compañera permanente y **50 SMLMV** para cada uno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, dentro de los cuales se encuentran los hermanos.

Así las cosas, la Sala encuentra que: i) los montos indemnizatorios concedidos por el tribunal a quo -40 SMLMV en favor del afectado directo, 30 SMLMV para su compañera permanente y 20 SMLMV para cada uno de sus hijos- no superan los topes sugeridos por esta esta corporación, para la liquidación de este perjuicio inmaterial, por lo que se mantendrán, pues, a pesar de ser éstos unos montos inferiores a los topes sugeridos, no se pueden ajustar, dado que la parte actora no los cuestionó y ii) acreditado el parentesco invocado por cada uno de los hermanos del afectado directo con la medida, se presume el daño moral por todos ellos alegado, por lo cual, según los referidos topes, les correspondería, en principio, una indemnización de 50 SMLMV a cada uno; sin embargo, como el a quo le reconoció a la víctima directa del daño sólo 40 SMLMV y ello no fue objeto de apelación, los montos a reconocer a cada uno de aquéllos se liquidarán tomando como punto de partida el valor que se le reconoció a ésta, ya que la intensidad del daño sufrido por los demás demandantes está determinada en función de quien padece directamente la privación injusta de su libertad⁷⁹; así, cada uno de los hermanos deben ser indemnizados con 20 SMLMV.

Se aclara que los salarios mínimos legales mensuales que se dispongan en la indemnización serán los vigentes al momento de la ejecutoria de esta decisión.

2. Perjuicios materiales

2.1 Lucro cesante

⁷⁹ Así se dispuso en sentencia del 28 de septiembre de 2017 (expediente 53.135).

El tribunal accedió al reconocimiento de este perjuicio, para lo cual dijo que para la época de su detención, el afectado directo con la medida devengaba como conductor de taxi, al menos un salario mínimo legal mensual vigente.

La Fiscalía dijo que dicho reconocimiento no resultaba procedente, pues la detención a la cual fue sometido el actor constituía una carga que debía soportar.

La Sala encuentra plenamente acreditado que, al tiempo de su detención **(16 de diciembre de 2004)**, el señor ORLANDO CORREA SALAZAR era taxista –incluso en ejercicio de esa actividad se produjo su captura-, pues así lo dejan ver los testimonios rendidos en el proceso, conforme a los cuales “... él (refiriéndose al señor CORREA SALAZAR) **era taxista**” (folio 7) y “... **trabajaba para mí conduciendo el vehículo tipo taxi**” (folio 10).

Entonces, demostrado como ésta que el señor CORREA SALAZAR desempeñaba una actividad productiva al momento de su detención, procede reconocer el lucro cesante solicitado por el afectado directo con la medida; pero, como la prueba no permite establecer los ingresos que él tenía por esa actividad, para efectos de liquidar el perjuicio, como lo hizo el Tribunal y conforme a lo dicho en el acápite precedente.

Ahora, el a quo le redujo a ese ingreso un 35% que, según afirmó, “... *el aquí demandante destinaba para su propia subsistencia*”. La Sala no dirá nada al respecto, pues ello no fue objeto del recurso de apelación que formuló la parte actora.

Tampoco se decidirá en el caso del señor CORREA SALAZAR en torno a algún reconocimiento por ingresos adicionales ni al incremento del 25%, toda vez que nada de ello se pidió en la demanda.

Así, se confirmará la condena impuesta por el a quo; pero, como se condenó al pago de una cantidad líquida de dinero, se actualizará tal condena, aplicando la fórmula matemática empleada para ello por esta corporación:

$$Ra = Rh \text{ índice final} / \text{Índice inicial}$$

Donde (Rh) es igual a la renta histórica, esto es, la suma reconocida por el tribunal de primera instancia (\$8'730.013.50) multiplicada por la cifra que resulte de dividir el índice de precios al consumidor del mes anterior al de esta sentencia por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que se profirió la sentencia de primera instancia.

$$Ra = \$8'730.013.50 \frac{\text{Índice final – junio/2019 (102.71)}}{\text{Índice inicial – febrero/2011 (74.56)}}$$

Ra: \$12'026.015,10

5.2.2.2 Daño emergente

El a quo negó el reconocimiento de los \$5'000.000.oo solicitados por concepto de **pago de honorarios profesionales**, pues no lo efectuó el señor CORREA SALAZAR, aspecto que cuestionó el recurrente diciendo que ese pago lo realizó la señora LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ, compañera permanente de aquél y también demandante dentro de este proceso.

Para acreditar tal perjuicio, se aportaron (folios 779 y 780) las constancias emitidas por los apoderados que asumieron la defensa del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, en las cuales se afirmó que éstos recibieron de la señora LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ las sumas de \$1'000.000 y de \$3'000.000.oo, por concepto de honorarios profesionales “para la defensa penal de su esposo”.

Sin embargo, de conformidad con la materia que acá se unifica respecto de este tipo de reconocimiento, la Sala negará el perjuicio material solicitado, pues: i) no se aportaron las facturas o documentos equivalentes expedidos por los referidos profesionales del derecho ni la prueba de su pago y ii) el pago no lo hizo quien lo reclama, esto es, el señor CORREA SALAZAR.

Ahora, el a quo también negó el daño emergente solicitado por el señor CORREA SALAZAR derivado del pago de los \$3'000.000.oo que, adujo, le canceló a la víctima de los delitos investigados dentro de la causa penal que se le siguió. Según el a quo, “... no se accederá... teniendo en cuenta que a folio ... 668 el señor Israel Rivera (ofendido) es enfático en manifestar que los señores CARLOS ORLANDO

NOGUERA y ALFREDO APONETE (sic) MARIN lo habían indemnizado integralmente”⁸⁰.

La parte actora sostuvo en la apelación que sí se probó que el señor CORREA SALAZAR pagó los referidos \$3'000.000.00, en procura de obtener su libertad y que lo cancelado por los otros dos procesados correspondía al pago de la indemnización integral a la víctima.

La Sala advierte que, si bien dentro de las copias que integran el proceso penal obra una certificación emitida por el señor ISRAEL RIVERA, en la cual informó que el señor CORREA SALAZAR le pagó \$3'000.000, “*Por Concepto De Parte de Pago Que le Corresponde Del Proceso Legal ..., Sumario 181.513 (sic)*”, lo cierto es que dicho pago representó un acto de mera liberalidad por parte del referido señor CORREA SALAZAR, si se tiene en cuenta que, al haber sido absuelto de toda responsabilidad penal por la administración de justicia, ninguna justificación había para que indemnizara a la víctima de los delitos investigados y, por tanto, tampoco la hay para que la parte demandada deba indemnizar por ese concepto.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión del a quo, que negó el mencionado daño emergente.

3. Daño a la vida de relación, ahora conocido como daños a bienes convencional y constitucionalmente protegidos

La actora apeló la decisión del a quo en cuanto negó este perjuicio; sin embargo, la Sala la confirmará, por cuanto no hay prueba en el expediente que tenga la entidad suficiente para acreditar que se ha causado un daño de este tipo.

4. Condena en costas

En consideración a que no se evidencia temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad

⁸⁰ Folio 249, cdno. ppal.

con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, **UNIFÍCASE** la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en materia de indemnización del perjuicio material solicitado por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, criterios que serán aplicables también a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase, los cuales se resumen así:

Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales

i) Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.

ii) Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.

iii) **La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago**, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, **será la prueba idónea del pago** por concepto de honorarios profesionales.

iv) La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir

los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.

Respecto del lucro cesante

i) Se reconoce el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

Para hacer tal reconocimiento debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos**. Cuando quien se haya visto privado injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

ii) **La liquidación del lucro cesante, que –se insiste- deberá solicitarse en la demanda-, comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención** y, además, **podrá comprender**, si –se insiste también- se solicita en la demanda, **el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de la pérdida de ésta**.

iii) **El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente** que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.

iv) **De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**. Igual se hará en el caso del ama de casa o de la persona encargada del cuidado del hogar, conforme a los términos y condiciones consignados en la

sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

v) El **ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25%** por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) **se pide como pretensión** de la demanda y b) **se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención.**

2. **MODIFÍCANSE** los ordinales tercero y cuarto de la sentencia del 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, los cuales quedarán así:

“TERCERO: CONDÉNASE a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar, a favor del señor ORLANDO CORREA SALAZAR, por concepto de lucro cesante, la suma de \$12’026.015,10.

“CUARTO: CONDÉNASE a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero a las personas que a continuación se indican:

ORLANDO CORREA SALAZAR (afectado con la medida)	40 SMLMV
LUZ NEYLA VARÓN JIMÉNEZ (compañera permanente)	30 SMLMV
HÉCTOR EDUARDO CORREA MORALES (hijo) SMLMV	20
JHON MARIO CORREA VARÓN (hijo) SMLMV	20
MARIBEL CORREA SALAZAR (hermana)	20 SMLMV
LUIS ARVEY CORREA SALAZAR (hermano) SMLMV	20
ÁLVARO CORREA SALAZAR (hermano)	20 SMLMV
BLANCA RUTH CORREA SALAZAR (hermana) SMLMV	20
MARÍA NOHELIA CAÑAVERAL SALAZAR (hermana) SMLMV	20

El salario mínimo legal mensual será el vigente a la ejecutoria de esta decisión.

3. **CONFÍRMASE** en todo lo demás la sentencia recurrida.
4. **SIN** condena en costas.
5. **DESE** cumplimiento a lo dispuesto en 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.
6. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Presidenta de la Sección

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

NICOLÁS YEPES CORRALES

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA