

ACCION DE REPARACION DIRECTA - No condena

DAÑO ANTIJURIDICO - Ciudadano sindicado de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - El hecho investigado no se configuró como delito / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Preclusión de la investigación

El señor Fernando Abadías Fernández Cantillo fue privado de la libertad a órdenes de la Fiscalía Trece Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta, por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos. (...) la Subunidad de Delitos Contra la Administración Pública de la Fiscalía Delegada n.º 13 de Santa Marta, mediante decisión interlocutoria adoptada el 15 de septiembre de 2005, calificó el mérito de la investigación adelantada hasta ese momento y decidió declararla precluida. Lo anterior, en el entendido de que no había lugar, de acuerdo con el tipo penal que resultaba aplicable para la época en que sucedieron los hechos analizados, a cimentar una acusación formal en contra de los procesados, pues si bien se encontraban acreditadas las múltiples fallas en que incurrieron en el desarrollo de los procesos de contratación al interior de la entidad, lo cierto era que, por una parte, no se cumplía con el elemento subjetivo –intencionalidad- exigido para que el punible de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales se configurara y, de otro lado, no existían pruebas en el plenario que permitieran inferir la comisión de los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Para conocer procesos por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad

La Sala observa que es competente para resolver el sub júdice, iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en atención a la naturaleza del asunto. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. Además, fijó en cabeza de los tribunales administrativos la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía.

PRELACION DE FALLO - Facultad del funcionario judicial para fallar sin sujeción al turno correspondiente / PROCESOS CON PRELACION DE FALLO - Acuerdo de Sala Plena de la Sección Tercera

[E]l presente proceso versa sobre la privación injusta de la libertad que sufrió el demandante, motivo por el cual, no obstante haber ingresado al despacho para fallo el día 17 de febrero de 2011 este puede ser de conocimiento de la Sala de Subsección. Lo anterior, toda vez que mediante acuerdo de la Sala Plena de la Sección Tercera, contenido en el acta n.º 10 del 25 de abril de 2013, se dispuso lo siguiente: La sala aprueba que los expedientes que están para fallo en relación con (i) privación injusta de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Privación injusta de la libertad. Regulación normativa / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daños causados a personas privadas de la libertad / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Carácter objetivo. Configuración

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en estos casos, se debe precisar que el fundamento legal de la responsabilidad a cargo del Estado por daños causados con ocasión de la privación injusta de la libertad estaba constituido por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que disponía: Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.(...) es preciso advertir que para el momento en el que se precluyó la investigación a favor del señor Fernando Abadías Fernández Cantillo - 15 de septiembre de 2005 ya había entrado en vigencia la Ley 270 de 1996, cuyo artículo 68 establece que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios, así como la Ley 600 del 2000, cuyo artículo 535 derogó expresamente el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991. (...) la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis de responsabilidad objetiva establecidas en el artículo 414 del Decreto 2700, con independencia de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, no por una aplicación ultractiva de dicho precepto, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, puesto que, en virtud del principio iura novit curia, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión.(...) Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. En consecuencia, la Subsección no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. (...) cuando se absuelve al procesado porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa. Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 / LEY 600 DE 2000 / DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414 / DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 565

CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Artículo 90 de la Constitución Política / CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Concurrencia del daño antijurídico y la imputabilidad

[E]sta Corporación ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos haya sido abiertamente arbitraria, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68

CAUSALES EXONERATIVAS O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Hecho o culpa exclusiva de la víctima / HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Noción. Definición. Concepto / HECHO DE LA VICTIMA - Presupuestos de configuración / HECHO DE LA VICTIMA - Regulación normativa / HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Configuración / HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA – Efecto / HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA – Se configura una ausencia de imputación

Sobre dicha causal de exoneración, esta Corporación ha manifestado que aplica en los eventos en los cuales la víctima con su actuación exclusiva y determinante fue quien dio lugar a que se proferiera en su contra la medida de aseguramiento. (...) la Ley 270 de 1996 en su artículo 70 señaló que el hecho de la víctima da lugar a exonerar de responsabilidad al Estado, así: (...) El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado. (...) el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima. (...) el hecho de la víctima se configura cuando esta dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o gravemente culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles. Si bien es cierto que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política los particulares sólo son responsables por infringir las prohibiciones contenidas en normas legales, en tratándose de servidores públicos, aquellos son responsables por la omisión o extralimitación en el cumplimiento de sus funciones. (...) la conducta del demandante fue determinante, pues se demostró que el daño –privación de la libertad- se produjo como consecuencia directa del incumplimiento de los deberes que tenía a su cargo como servidor público, en general, y como funcionario encargado de la contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, en particular. (...) se tiene que el daño es imputable a la propia víctima, comoquiera que fue la conducta adoptada por el demandante la que motivó a la Fiscalía a iniciar la investigación penal y a imponer la medida de aseguramiento, toda vez que el incumplimiento al deber de cuidado del entonces jefe de contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, fungió como un indicio grave en su contra, que, a su vez, sirvió de sustento para proferir la resolución que decidió su situación jurídica. Así las cosas, para la Sala, tal y como lo consideró el a quo, se está en presencia de una clara ausencia de imputación, toda vez que está demostrado que el demandante tuvo actuación exclusiva y determinante en el

hecho imputado, y el daño sólo puede ser atribuido a una causa extraña, sin que exista la posibilidad de endilgarlo a la parte demandada. **NOTA DE RELATORIA:** En relación a la definición del hecho o culpa exclusiva de la víctima, ver Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, exp.008. Consejo de Estado, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 70

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Ejerce control fiscal / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Principios / DAÑO PATRIMONIAL DEL ESTADO - Noción. Definición. Concepto / DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS - Regulación normativa / GESTION FISCAL - Noción. Definición. Concepto

[E]l artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, al pronunciarse sobre el control fiscal realizado por la Contraloría General de la República, dispone que la gestión de los recursos debe adelantarse (...) fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El artículo 8 de la Ley 43 de 1993 señala que dicha actividad debe desarrollarse respetando, además, el principio de eficacia. En el mismo sentido, el artículo 6 de la Ley 610 del 2000, aplicable al asunto comoquiera que entró en vigencia el 15 de agosto de dicho año, definió el daño patrimonial del Estado de la siguiente manera: (...) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado (...). Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.(...) En materia disciplinaria, el artículo 34 la Ley 734 de 2002 - Código Disciplinario Unico vigente para el momento de los hechos- disponía que son deberes de los funcionarios públicos, entre otros, los siguientes: (i) [c]umplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente; (ii) [f]ormular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público; (iii) [U]tilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos(iv) [v]igilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinado.(...) la gestión fiscal es una función pública que, por su especial importancia, se encuentra estrictamente reglada, circunstancia por la cual debe adelantarse con total observancia de los principios establecidos para el efecto en el artículo 267 de la Constitución -ya citado-, y ciñéndose a lo dispuesto por la ley sobre los deberes de los servidores del Estado.(...) en aras de cumplir a cabalidad los principios propios de la gestión fiscal, el deber más básico que debe cumplir el funcionario es realizar las erogaciones presupuestales únicamente en

aquellos casos y en los montos autorizados por la ley o el reglamento, puesto que, como es apenas natural, el pago de sumas no justificadas -en este caso a consecuencia de la adjudicación de contratos estatales sin los formalismos requeridos-, pone en peligro el patrimonio público e impide, en cierta forma, cumplir con los fines del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / LEY 43 DE 1993 - ARTICULO 8 / LEY 610 DE 2000 - ARTICULO 6 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 34

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 47001-23-31-000-2008-00282-01(39811)

Actor: FERNANDO FERNANDEZ CANTILLO Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 26 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La providencia recurrida será confirmada con fundamento en los siguientes antecedentes y consideraciones.

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

El señor Fernando Abadías Fernández Cantillo fue privado de la libertad a órdenes de la Fiscalía Trece Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta, por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración

de contratos. Dicha indagación tuvo su origen en el presunto detrimento patrimonial causado al Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., Seccional Magdalena, con ocasión de los procesos de contratación para la compra de servicios de salud adelantados al interior de la entidad. En virtud de la investigación llevada a cabo, se profirió en contra del señor Fernández Cantillo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramuros, la cual se le sustituyó posteriormente por reclusión provisional domiciliaria. Surtido el trámite correspondiente, la Subunidad de Delitos Contra la Administración Pública de la Fiscalía Delegada n.º 13 de Santa Marta, en el entendido de que en aplicación de un tipo penal más favorable a la situación del señor Fernández Cantillo -y otros-, no se configuraba como punible el hecho investigado, pese a que se determinó la existencia de irregularidades en los procesos de contratación adelantados, precluyó, el 15 de septiembre de 2005, la investigación hasta ese momento realizada.

II. Lo que se demanda

1. Mediante **demanda** presentada el 8 de agosto de 2007, el señor Fernando Abadías Fernández Cantillo, actuando en nombre propio –como actor y apoderado judicial- y en representación de sus hijas menores de edad Gisella Paola Fernández Oñate y Wendy Fernanda Fernández Robles; de sus hijos mayores de edad Marianella Fernández Oñate, Nohora Fernández Oñate y Fernando Andrés Fernández Oñate; de su madre Nora Cantillo; de su compañera permanente Rita Robles; y de sus hermanos Víctor Fernández Cantillo, Oswaldo Fernández Cantillo y Pablo Fernández Cantillo, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., solicitó que se declarara a la Nación-Fiscalía General de la Nación administrativamente responsable por los perjuicios morales y materiales causados con ocasión de la injusta privación de la libertad a la que fue sometido (f. 1-25, c. 1). En el libelo introductorio se consignaron, literalmente, las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO. *La Fiscalía General de la Nación es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor **FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO**, y de los perjuicios morales ocasionados a sus hijos **FERNANDO ANDRÉS FERNÁNDEZ OÑATE, MARIANELLA FERNÁNDEZ OÑATE, NOHORA FERNÁNDEZ OÑATE, GISELLA FERNÁNDEZ OÑATE, WENDY FERNÁNDEZ ROBLES**, a mi madre **NORA CANTILLO CANTILLO** a mi compañera permanente **RITA ROSINA ROBLES***

BERMÚDEZ a mis hermanos de primer grado de consanguinidad **VÍCTOR FERNÁNDEZ CANTILLO, OSWALDO FERNÁNDEZ CANTILLO y PABLO FERNÁNDEZ CANTILLO**. Por el accionar de la Fiscalía General de la Nación al proferirme dentro del proceso radicado No. 49.385 detención preventiva sin el beneficio de la libertad provisional al definirme la situación jurídica el 27 de noviembre de 2004 por un tiempo de 10 meses 20 días, y de que fue objeto y haberse decretado la preclusión de la investigación a mi favor.

SEGUNDO. Condenar en consecuencia, a la Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación, a pagarles a los accionantes o quien los represente legalmente sus derechos (sic), como reparación o indemnización, los perjuicios y las cuantías por daños así:

a) Al señor **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO**, perjuicios por concepto de daño material (daño emergente inmediato y mediato) una cuantía de \$ 108.721.002 millones de pesos m/c.

b) A mis poderdantes señores **MARIANELLA ESTHER FERNÁNDEZ OÑATE, NOHORA CAROLINA FERNÁNDEZ OÑATE, GISSELLA PAOLA FERNÁNDEZ OÑATE, WENDY FERNÁNDEZ ROBLES, NORA CANTILLO CANTILLO, RITA ROSINA ROBLES BERMÚDEZ, VÍCTOR FERNÁNDEZ CANTILLO, OSWALDO FERNÁNDEZ CANTILLO, PABLO FERNÁNDEZ CANTILLO** y el actor **FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO**, perjuicios por concepto de daño moral en la máxima cuantía expresado en salarios mínimos mensuales de conformidad con la jurisprudencia que para estos efectos ha adoptado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Concejo (sic) de Estado.

TERCERO. La condena respectiva será actualizada conforme al artículo 178 C.C.A. y se reconocerá los respectivos intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta el pago de la indemnización, tomando como base de la liquidación la variación del Índice de Precios al Consumidor, hasta la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO. La Nación – Fiscalía General de la Nación, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. (resaltado del texto).

1.1 En el acápite denominado “**CUANTÍA**”, la parte actora precisó la indemnización pretendida en los siguiente términos:

*La estimación razonada de la cuantía de los daños ocasionados por los perjuicios, a favor de los actores la considero en perjuicios subjetivos y objetivos en consideración a la pena moral y el descrédito a que se sometió el actor señor **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO**, con grave afectación al derecho consagrado en el Art. 32 de la C.P., a las entidades demandadas deberá condenárseles por los perjuicios morales causados.*

De conformidad con el Art. 1.613 del C.C., el daño material comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinalmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes del consolidado y futuro, inmediato.

La indemnización de los perjuicios causados a favor de **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO**, en su condición de lesionado directo y demás familiares accionantes, respectivamente, es la siguiente:

PERJUICIOS MATERIALES:

- Honorarios profesionales al Doctor **JORGE CHARRIS ATENCIO**, según contrato, fechado 4 de diciembre de 2004, la suma de \$25.000.000 millones de pesos m/c, teniendo en cuenta que la cuantía objeto de la investigación era superior a \$ 2.500.000.000 millones de pesos m/c.
- Certificado expedido por la COOPASERCAR, donde se certifica que me desempeñaba como asesor jurídico, con unos honorarios profesionales de \$2.000.000 m/c, fechada 24 de julio de 2007, por cuantía de \$19.333.333 millones de pesos m/c.
- Estado de balance de ingreso y egreso, de los años 2003 y 2004 al 31 de diciembre, de **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO**, certificado por el doctor contador público **HERNÁN ALBERTO NAVARRO MIRANDA**, por una cuantía de \$30.127.775 m/c.
- Acta de compromiso suscrito por mi compañera **RITA ROBLES BERMÚDEZ**, suscrita ante la Inspección de Policía de Soledad, fechada 18 de julio del año 2007, suscrita con la señora **SARA ROBLES BERMÚDEZ**, por la suma de \$20.000.000 millones de pesos.
- Certificación expedida por el Banco BBVA, donde mi compañera permanente **RITA ROBLES BERMÚDEZ**, es titular de un crédito por la suma de \$8.700.813.64, sin liquidar los intereses, certificación expedida el 18 de julio del año 2007, anexo estado de la deuda.
- Préstamos por la suma de \$1.500.000 mil pesos, que recibí del señor **GUSTAVO FERNÁNDEZ**, quien tiene su residencia en la ciudad de New York, fechado 4 de marzo de 2004, dineros que recibí en caja de cambios unidas S.A. de la ciudad de Barranquilla.
- Cobro pre jurídico por concepto de valorización, del inmueble de mi propiedad, ubicado en la calle 69 E No. 41-133 apto 4ª.
- Deuda con Metrotel S.A., por la suma de \$ 782.570 pesos, de la línea telefónica No. 368 17 32, de mi compañera permanente **RITA ROBLES BERMÚDEZ**.
- Deuda del impuesto predial unificado por la suma de \$ 2.912.366 pesos, del inmueble de mi propiedad, ubicado en la calle 69 E No. 41-233 apartamento 4ª.

TOTAL DE LOS PERJUICIOS MATERIALES \$ 108.721.002 M/C.

DAÑO EMERGENTE MEDIATO: Corresponde a los ingresos dejados de percibir en asesoría, negocios y prestación de servicios profesionales, durante la privación injusta de la libertad, como abogado litigante en el ejercicio de la profesión:

Daño emergente es procedente su valoración, atendiendo a los principios de reparación integral y equidad, tomando como base mensual, desde el auto de la detención hasta la ejecutoria de la providencia que decretó su libertad por preclusión de la investigación. Esta suma se estima de acuerdo a la profesión y el ejercicio del derecho como abogado litigante en la suma de \$ 49.461.775 millones de pesos m/c.

a) El lucro cesante tomando como base desde la fecha a que se contrae la detención preventiva y la fecha de la sentencia contenciosa administrativa, se produce un interés comercial, resultando, aproximado, del 33% anual. Estos perjuicios debidamente actualizados desde el momento de su causación, según el valor total de los perjuicios materiales.

PERJUICIOS MORALES

En consideración a la pena moral y el descrédito a que se me sometió como abogado litigante frente a mis potenciales clientes, y a los demás actores de la demanda, con grave afectación al derecho consagrado en el Art. 21 de la C.P.; a la entidad demandada deberá condenársele por los perjuicios morales ocasionados.

*En efecto, mi estadía “**FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO**” en el Centro Carcelario de Santa Marta, generó gran dolor, sufrimiento y padecimiento, no solamente al suscrito sino a mis familiares, quienes desde la lejanía física entraban en zozobra cada vez que escuchaban la radio o los noticieros. Los hechos me colocaron en riesgo gravísimo a mi integridad, salud y vida, en razón a que debí ser hospitalizado en la Clínica del Seguro Social de urgencia.*

*Estos perjuicios se estiman y reconocen a favor del suscrito **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO** y de mis poderdantes **MARIANELLA ESTHER FERNÁNDEZ OÑATE, NOHORA CAROLINA FERNÁNDEZ OÑATE, GISELLA PAOLA FERNÁNDEZ OÑATE, WENDY FERNÁNDEZ ROBLES, FERNANDO FERNÁNDEZ OÑATE, NORA CANTILLO CANTILLO, VÍCTOR FERNÁNDEZ CANTILLO, OSWALDO FERNÁNDEZ CANTILLO Y PABLO FERNÁNDEZ CANTILLO Y PABLO FERNÁNDEZ CANTILLO** y mi señora o compañera permanente **RITA ROSINA ROBLES BERMÚDEZ**, en la máxima cuantía expresada en salarios mínimos mensuales de conformidad con la jurisprudencia que para este efectos ha adoptado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado (resaltado del texto).*

1.2 Como **fundamento fáctico de la acción**, el apoderado de los demandantes expuso los hechos que se resumen a continuación:

1.2.1 Fernando Abadías Fernández Cantillo es un abogado especialista en derecho administrativo con amplia experiencia en el sector público y privado, que

cuenta además con vasto prestigio y reconocimiento en el ejercicio de su profesión.

1.2.2 Fernando Abadías Fernández Cantillo y Rita Rosina Robles Bermúdez son compañeros permanentes y perciben unos ingresos mensuales para el hogar que comparten, junto con los otros demandantes, de cuatro millones ochocientos mil pesos. De la unión marital entre el señor Fernández Cantillo y la señora Robles Bermúdez nació la menor de edad Wendy Fernanda Fernández Robles.

1.2.3 El señor Fernández Cantillo se desempeñada, desde el 15 de diciembre de 1995, como jefe de contratación de servicios de salud en el Instituto de Seguro Social. Laboró allí hasta el 10 de enero de 2002, día en que fue desvinculado en atención al informe rendido por el grupo conformado por el entonces presidente de la entidad Guillermo Fino.

1.2.4 Fernando Fernández desempeñó al interior de la entidad, sin dejar de lado las funciones que normalmente ejercía, los cargos de auditor disciplinario, gerente seccional de E.P.S. y gerente seccional administrativo.

1.2.5 En el mes de diciembre de 2001, se conformó al interior de la entidad un grupo investigativo que determinó que se habían presentado irregularidades en los procesos de contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, llevados a cabo en los años 1999, 2000 y 2001, con el objeto de comprar servicios de salud, específicamente en las etapas precontractual, contractual, de ejecución y supervisión.

1.2.6 El informe presentado por el grupo investigativo hizo que la Fiscalía 13 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta adelantara la indagación correspondiente, dentro de la cual citó, el 21 de septiembre de 2004 y el 3 de noviembre de la misma anualidad, a Fernando Abadías Fernández Cantillo con el fin de rendir indagatoria.

1.2.7 El ente instructor profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional en contra del señor Fernández Cantillo, la cual se hizo efectiva el 27 de noviembre de 2004. Posteriormente, fue trasladado a las instalaciones del C.T.I. de Santa Marta

donde permaneció recluido hasta el 30 del mismo mes y año, día en que fue remitido al centro carcelario "Rodrigo de Bastidas".

1.2.8 En atención a una patología presentada por Fernando Abadías Fernández Cantillo, el director de la cárcel de Santa Marta, el 2 de diciembre de 2004, solicitó al fiscal del caso que el interno fuera trasladado a un hospital con el fin de que se le diera el tratamiento respectivo.

1.2.9 El señor Fernández Cantillo, con base en lo dictaminado por medicina legal, fue trasladado del hospital a su lugar de residencia, donde permaneció bajo vigilancia hasta que la Fiscalía, el 15 de septiembre de 2005, decidió precluir la investigación que adelantó en su contra por los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contrato.

1.2.10 Pese a que el procesado había aportado desde el inicio de la investigación los medios de prueba que acreditaban su inocencia, el ente instructor decidió mantenerlo, hasta el momento en que se precluyó la indagación, injustamente privado de la libertad. La decisión de preclusión quedó en firme el 3 de octubre de 2015.

1.2.11 La investigación y consecuencial privación de la libertad de Fernando Abadías Fernández Cantillo, que se prolongó por el término de 10 meses, fue divulgada en medios locales de información, lo que acrecentó el perjuicio causado en su núcleo familiar y en las relaciones que como profesional del derecho manejaba.

III. Trámite procesal

2. Mediante auto proferido el 9 de agosto de 2007, el Juzgado Cuarto Administrativo de Santa Marta, dispuso, entre otras decisiones, **admitir la demanda** instaurada en ejercicio de la acción de reparación (f. 148, c. ppl.).

3. Por medio de memorial presentado el 29 de noviembre de 2007, **la parte actora corrigió la demanda** instaurada en el sentido de precisar la indemnización por perjuicios materiales pretendida. Al efecto, indicó que la sumatoria total por dicho concepto era la suma de \$ 158 182 777 y no de \$ 108 121 002 (f. 153-154,

c. 1). Dicha modificación al libelo introductorio fue aceptada por el juzgado según proveído del 8 de julio de 2008 (f. 181, c. 1).

4. La Nación-Fiscalía General de la Nación, el 29 de noviembre de 2007, **contestó oportunamente la demanda** interpuesta (f. 161-169, c. 1). Manifestó que en cuanto a los hechos alegados se atendería a lo que resultara probado en el proceso, así como que se oponía a todas y cada una de las declaraciones y condenadas consignadas en el libelo introductorio.

4.1 Adujo también que la detención del señor Fernández Cantillo se realizó bajo las funciones propias a cargo de la entidad, previo examen serio y profundo de los indicios que obraban dentro del proceso penal. Dijo que, en consecuencia de esto, se cumplieron los requisitos sustanciales para que procediera la imposición de la medida de aseguramiento.

4.2 Además, alegó que la detención que sufrió el actor no fue injusta o arbitraria, ni se configuró como una falla en el servicio que comprometiera la responsabilidad patrimonial de la entidad, máxime cuando la absolución – preclusión de la investigación- no se produjo por las causales de responsabilidad objetiva contempladas en el artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal.

5. Mediante auto del 22 de octubre de 2008, el Juzgado Cuarto Administrativo de Santa Marta decretó la **nulidad de todo lo actuado** a partir del auto proferido el 9 de agosto de 2007, por considerar que en el asunto de la referencia “(...) se formula demanda de reparación directa contra la Nación Fiscalía, por el presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, derivado de la detención y privación injusta de la libertad a la que fue sometido, demanda que de acuerdo con el precedente jurisprudencial antes señalado y a la luz del artículo 73 de la Ley 270 de 1996, corresponde conocer en primera instancia al Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena (...)” (f. 184-192, c. 1).

6. El Tribunal Administrativo del Magdalena, el 28 de noviembre de 2008, entre otras disposiciones, **avocó conocimiento del proceso y admitió la demanda** instaurada en ejercicio de la acción de reparación directa (f. 195-197, c. 1).

7. El 19 de febrero de 2009, la parte demandante **corrigió la demanda presentada** (f. 195-225, c. 1). Entre otras puntualidades, elevó las siguientes pretensiones:

PRIMERO. La **NACIÓN, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor **FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO**, y de los perjuicios morales causados a sus hijos **FERNANDO ANDRÉS FERNÁNDEZ OÑATE, MARIANELLA FERNÁNDEZ OÑATE, NOHORA FERNÁNDEZ OÑATE, GISELLA FERNÁNDEZ OÑATE, WENDY FERNÁNDEZ ROBLES**, a su señora madre **NORA CANTILLO CANTILLO**, a su compañera permanente **RITA ROSINA ROBLES BERMÚDEZ**, y a sus hermanos **VÍCTOR FERNÁNDEZ CANTILLO, OSWALDO FERNÁNDEZ CANTILLO** y **PABLO FERNÁNDEZ CANTILLO**, por privación injusta de la libertad de que fue objeto y haber sido absuelto por los delitos por los cuales fue investigado por los que se le impuso medida de aseguramiento por la fiscalía 13 delegada ante los jueces penales del circuito de santa marta (sic).

SEGUNDO. Condenar en consecuencia, a la **NACIÓN COLOMBIANA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a pagar a los accionantes o a quien representa legalmente sus derechos, como reparación o indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral objetivados y subjetivos, los cuales los estimo así:

Al señor **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO**, perjuicios por concepto de daño material (daño emergente inmediato y mediato) una cuantía de \$158.182.777 M/C.

a) A mis poderdantes compañera permanente **RITA ROBLES**, a sus hijos menores, **GISELLA PAOLA FERNÁNDEZ OÑATE, WENDY FERNANDA FERNÁNDEZ ROBLES**, a sus hijos mayores de edad **MARIANELLA FERNÁNDEZ OÑATE, NOHORA FERNÁNDEZ OÑATE, FERNANDO ANDRÉS FERNÁNDEZ OÑATE**, a su señora madre **NORA CANTILLO**, a sus hermanos legítimos **VÍCTOR FERNÁNDEZ CANTILLO, OSWALDO FERNÁNDEZ CANTILLO** y **PABLO FERNÁNDEZ CANTILLO**, y al actor **FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO**, perjuicios por concepto de daño moral en la máxima cuantía expresada en salarios mínimos mensuales, lo cual estimo en \$500.000.000 M/C.

TERCERO. La condena respectiva será actualizada conforme al artículo 178 C.C.A. y se reconocerán los respetivos intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta el pago de la indemnización, tomando como base de la liquidación la variación del Índice de Precios al Consumidor, hasta la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO. La **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. (resaltado del texto).

7.1 El Tribunal, por medio de auto fechado el 6 de marzo de 2009, **aceptó la corrección realizada al libelo introductorio** (f. 229-230, c. 1).

8. El 22 de abril de 2009, **la Nación-Fiscalía General de la Nación contestó la demanda** (f. 233-247, c. 1). En el escrito presentado manifestó que en cuanto a los hechos alegados se atendería a lo que resultara probado en el proceso, así como que se oponía a todas y cada una de las declaraciones y condenadas establecidas en el libelo introductorio.

8.1 Puso de presente, por una parte, la legalidad de la medida de aseguramiento decretada en contra del ahora accionante en reparación y, de otro lado, la competencia que constitucionalmente detenta la Fiscalía para llevar a cabo este tipo de actuaciones. También, indicó que la causa por la que se precluyó la investigación a favor del señor Fernández Cantillo fue la aplicación, por el juez penal, de una normativa más propicia a la situación del investigado, pues si bien se demostró que actuó sin la debida observancia de los procedimientos y requisitos necesarios para contratar, lo cierto era que los tipos penales a él endilgados, según la disposición legal aplicable, exigían un ingrediente subjetivo que al final de la indagación no logró demostrarse.

8.2 Finalmente, señaló que la demanda interpuesta presentaba serios defectos sustantivos y demostrativos, situación que hacía improcedente la prosperidad de las pretensiones elevadas. Esto en consideración a que, primero, los documentos aportados como anexos carecían de valor probatorio, pues la autoridad competente no ordenó su expedición ni tampoco los autenticó como era requerido. Segundo, no se allegaron al plenario elementos de convicción que permitieran tener como demostrado, por una parte, la detención física padecida por el ahora accionante en reparación y, de otro lado, los perjuicios por él reclamados.

9. El 30 de abril de 2009, el Tribunal Administrativo del Magdalena abrió el proceso de la referencia a **pruebas**, para lo que decretó como tales las aportadas por la parte actora, así como ordenó la recepción de unos testimonios y que se oficiara, entre otros, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC para que certificara lo referente a la detención padecida por el señor Fernando Abadías Fernández Cantillo (f. 262-264, c. 1).

10. Por medio de auto del 2 de diciembre de 2009, el Tribunal Administrativo del Magdalena corrió traslado a las partes para que presentaran **alegatos de conclusión en primera instancia** (f. 407, c. 1). Dentro del término concedido para el efecto, la parte actora (f. 410-424, c. 1) y la Nación-Fiscalía General de la Nación (f. 425-434, c. 1) se pronunciaron, de la siguiente forma:

10.1 El apoderado de los demandantes, además de lo ya expuesto en el libelo introductorio, arguyó que estaba debidamente acreditado, en aplicación directa del artículo 90 de la Constitución Política, el daño antijurídico causado al señor Fernández Cantillo con ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto. Por este motivo, indicó que debía condenarse a la Nación-Fiscalía General de la Nación al pago de la totalidad de las pretensiones consignadas en la demanda.

10.2 Por su parte, la Nación-Fiscalía General de la Nación reiteró todos y cada uno de los argumentos que había puesto de presente en el escrito por el cual contestó la demanda (ver párrafo n.º 4¹ y 8).

11. Vencida la etapa de alegaciones, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda mediante **sentencia de primera instancia** del 26 de mayo de 2010, determinación que asumió en el entendido de que, por una parte, la Fiscalía General de la Nación cumplió con los requisitos legales para la procedencia de la medida de aseguramiento en contra del señor Fernández Cantillo –existencia de indicios- y, de otro lado, el ahora demandante en reparación determinó, con su actuar irresponsable –falta de acuciosidad en el manejo de los procesos de contratación de la entidad-, la privación de la libertad a la que se vio sometido (f. 462-478, c. ppl.).

11.1 El *a quo* manifestó que en el *sub judice* había lugar a estudiar, bajo un régimen subjetivo de responsabilidad, la legalidad de la medida de aseguramiento decretada. Así, anotó que Fernando Abadías Fernández Cantillo fue objeto de una investigación penal dentro de la cual se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la cual se fundamentó en serios indicios que comprometían su responsabilidad penal en el hecho delictual que le fue endilgado. En esa lógica, consideró intrascendente el hecho de que posteriormente se le

¹ No obstante, dicha etapa procesal fue declarada nula (*supra* párr. 5).

precluyera la indagación por aplicarle la norma más favorable a su inocencia, esto es, la que incluía un elemento subjetivo –intencionalidad- para su configuración, pues ante los hechos suscitados –indicios-, la privación de la libertad era una carga que estaba llamado a soportar. Se sostuvo en la providencia:

(...)

Con base en los antecedentes relacionados precedentemente, advierte la Colegiatura que la medida de aseguramiento impuesta al actor principal, se profirió conforme lo establecido en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para el momento que era adelantada la investigación en contra del accionante (...)

(...)

Al contrastar la norma en cita, con los argumentos expuestos por la Fiscalía para imponer dicha medida, se identifican que fueron tenidos en cuenta tres indicios para llegar a tal conclusión.

(...)

Por todo lo anterior vale decir que efectivamente existieron falencias en el proceso de contratación de esta entidad, el cual la parte del Gerente (sic) estaba a cargo también del Jefe de Contratación quien para esa época era el señor FERNANDO FERNÁNDEZ y que mostró una actitud pasiva y permisiva con todo lo que se estaba presentando en esos procesos, en los cuales debe propenderse por la protección del erario público.

Con los anteriores indicios esta Corporación considera fundada en derecho la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva dispuesta por la Trece (sic) Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta mediante la providencia de fecha 26 de noviembre de 2004, ante la existencia de claros indicios, que en cumplimiento de la norma procesal y sustancial hacían procedente la resolución de acusación formal, por la presunta comisión del señor FERNANDO FERNÁNDEZ de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso con CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, que permitieron tal inferencia.

(...)

*Tal y como se expone en el sub – lite la acusación efectuada por la Fiscalía tuvo asidero de las probanzas allegadas al expediente penal hasta la etapa de calificación del mérito del sumario, periodo procesal en el cual el fiscal desestimó las pruebas realizadas y los informes presentados, por cuanto consideró que en virtud al principio de favorabilidad al sindicado debía precluirse la investigación, sin embargo reconoce que en la etapa precontractual existieron falencias y ausencia de la aplicación al principio de planeación para economizar los gastos de la entidad pública (ISS); pese a las refutaciones que podrían achacarse a dicha determinación, de acuerdo a la validez que pueda revestir a la misma con base en las normas procesales, caso que no es resorte de este Tribunal, lo cierto es que al momento de proferirse la resolución de acusación en contra del demandante, señor FERNANDO FERNÁNDEZ, **estaba plenamente sustentada probatoriamente la probable comisión de los delitos** de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso*

con CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, con los indicios expuestos anteriormente, de conformidad con lo establecido por la Ley.

Así las cosas, al parecer de esta Corporación, la medida de aseguramiento impuesta al accionante se encuentra totalmente ajustada a los presupuestos del artículo 236 del C.P.P. (Ley 600 de 2000), por lo que se concluye que la privación de la libertad del señor FERNANDO FERNÁNDEZ, no se encuentra revestida de un carácter injusto, pues aún cuando a su favor se profirió resolución de preclusión de la investigación por los delitos investigados, **el mismo encontraba en posición de soportar dicha carga, teniendo en cuenta las personas con las que se relacionaba y el ambiente en el cual desarrollaba sus actividades**, dando lugar primeramente al inicio de la investigación penal y segundo a la privación de la libertad, con la imposición de la medida de aseguramiento una vez se configuraron los indicios que permitieron inferir la ilegalidad de las actuaciones que venía desempeñando como Jefe de Contratación del ISS en la ciudad de Santa Marta.

(...)

Es así como se reitera, que si bien al demandante le fue proferida en su favor preclusión de la investigación, lo fue en aplicación de la ley más favorable más no por no haber demostrado fehacientemente su inocencia y diligencia para con los procesos que se llevaron a cabo para suscribir los contratos originarios de la investigación penal, tal circunstancia por sí misma no genera que el demandante estuviera privado de la libertad – de manera injustificada por los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN en concurso con CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, pues cosa diferente es que el citado actor no tuviera que asumir la carga de una condena por la inexistencia de certeza en razón a la carencia de más pruebas que así lo determinaran, a la responsabilidad que recae sobre él y su núcleo familiar de soportar una investigación penal en su contra por configurarse los indicios necesarios para hacerlo e imponerle medida de aseguramiento.

(...)

De este modo, ante la falta de antijuridicidad del daño, encuentra el Tribunal el rompimiento del nexo de causalidad entre el hecho y el daño, pues si bien que en el plenario quedó demostrado que el actor fue privado de la libertad, no es menos cierto que este tenía la carga de soportar las investigaciones penales adelantadas en su contra, así como la detención preventiva de su libertad, en razón a la falta de acuciosidad del actor tanto para dirigir los procesos de contratación de la entidad estatal como para demostrar su inocencia en las irregularidades presentadas.

Todo lo expuesto genera que se presente la causal exonerativa de responsabilidad de “culpa exclusiva de la víctima” a favor del Estado, toda vez que la actuación irresponsable del señor FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO, al tener conocimiento como abogado, y al saber la responsabilidad que conlleva ostentar dicho cargo en la entidad pública, tal como se desprende del análisis realizado de la resolución que le impuso la medida de aseguramiento y de las pruebas allegadas al proceso, al haber tenido dicha conducta irresponsable, le acarreó las consecuencias jurídicas ya conocidas

que conllevaron a las decisiones de los funcionarios del instructivo penal.

(...)

De acuerdo con lo anterior la consecuencia de los actos del demandante trajo como resultado la investigación penal adelantada en su contra, así como la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, teniendo en cuenta que los delitos que dio origen al proceso penal revisten de un carácter social importante en cuanto al patrimonio público.

(...)

Todo lo anterior hace concluir a esta Corporación que si se generó un daño, pero que no es antijurídico al configurarse la culpa exclusiva de la víctima por ser el demandante la persona que con su actuación originó la causación del daño sufrido, no resulta entonces procedente condenar al Estado, por configurarse una causal eximente de responsabilidad a favor del mismo, motivo por el cual esta Corporación habrá de negar las pretensiones de la demanda (resaltado del texto).

12. Contra la precitada sentencia, la parte actora interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación**, el cual fue **concedido** por el *a quo* mediante auto del 25 de junio de 2010 (f. 480-481, 483, 488-505, c. ppl.).

12.1 En el contenido de la impugnación presentada, el apoderado de los demandantes solicitó que la sentencia del Tribunal fuera revocada y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Este alegó que, contrario a lo considerado por el *a quo* respecto a que operó la causal eximente de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, en el *sub júdice* estaban dados todos los presupuestos para predicar que la privación de la libertad padecida por Fernando Abadías Fernández Cantillo fue injusta, toda vez que el evento suscitado –preclusión de la investigación por ausencia de material probatorio– encajaba perfectamente dentro de los supuestos de responsabilidad por privación injusta de la libertad establecidos en el artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal –el hecho no existió, el sindicado no lo cometió y la conducta desplegada fue atípica–.

13. Por medio de auto fechado el 23 de noviembre de 2010, el despacho **admitió el recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia de primera instancia del 26 de mayo de 2010. Luego, mediante decisión del 21 de enero de 2011, se corrió el respectivo término a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo. Durante la oportunidad legal concedida, tanto la Nación-Fiscalía General de la Nación como la parte actora

presentaron **alegatos en segunda instancia** (f. 506, 509-518, 533-550, c. ppl.), en los siguientes términos:

13.1 La Nación-Fiscalía General de la Nación, además de los argumentos expuestos a lo largo de todo el proceso, insistió en que la causal de exoneración por hecho exclusivo de la víctima se encontraba plenamente acreditada. Esto en consideración, según expuso, a la negligente actitud del señor Fernández Cantillo en el ejercicio de su labor como jefe de contratación, quien omitió las reglas y procedimientos requeridos legalmente para adelantar este tipo de actuaciones administrativas.

13.2 Por su parte, el apoderado de los demandantes reiteró que se hallaba demostrada la injusta privación de la libertad a la que fue sometido el señor Fernández Cantillo, pues, precluida la investigación, se configuraban los supuestos contenidos en el artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal. Asimismo, insistió en que comoquiera que se había proferido una medida de aseguramiento sin la existencia de las pruebas requeridas para el efecto, entonces que era evidente el error judicial en que había incurrido el ente instructor, que se hizo además indiscutible posteriormente con la decisión que precluyó la indagación adelantada.

CONSIDERACIONES

IV. Competencia

14. La Sala observa que es competente para resolver el *sub júdice*, iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en atención a la naturaleza del asunto. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. Además, fijó en cabeza de los tribunales administrativos la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía².

² Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, actor: Luz Elena Muñoz y otros.

14.1 De otro lado, se tiene que el presente proceso versa sobre la privación injusta de la libertad que sufrió el demandante, motivo por el cual, no obstante haber ingresado al despacho para fallo el día 17 de febrero de 2011 (f. 551, c. ppl.), este puede ser de conocimiento de la Sala de Subsección. Lo anterior, toda vez que mediante acuerdo de la Sala Plena de la Sección Tercera, contenido en el acta n.º 10 del 25 de abril de 2013, se dispuso lo siguiente:

La sala aprueba que los expedientes que están para fallo en relación con (i) privación injusta de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado.

V. Hechos probados

15. De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales son susceptibles de valoración probatoria porque fueron aportadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que dan lugar a la presente actuación se pueden presentar de la siguiente forma:

15.1 Fernando Abadías Fernández Cantillo laboró para el Instituto de Seguros Sociales-I.S.S., Seccional Magdalena, desde el 22 de diciembre de 1995 hasta el 10 de enero de 2002 (f. 121, c. 1, certificación expedida el 5 de octubre de 2005 por el I.S.S. Seccional Magdalena-Departamento de Recursos Humanos³).

15.2 El 26 de noviembre de 2004, la Fiscalía Delegada n.º 13 ante los Juzgados Penales del Circuito de Magdalena resolvió la situación jurídica del señor Fernando Abadías Fernández Cantillo y otros, dentro de la investigación adelantada por los delitos de peculado por apropiación, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado por aplicación oficial diferente, para lo que decidió, previa adecuación típica provisional al delito de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con el punible de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación en contra del

³ “Que el señor (a) **FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO*****, quien se idéntica con la cédula de ciudadanía número 12.613.400, laboró en el Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de diciembre de 1995 hasta el 10 de enero de 2002. Que el último cargo desempeñado fue JEFE DEPARTAMENTO // Que mediante res. 4959/01, fue encargado como gerente seccional administrativo a partir del 22 de noviembre de 2.001, por 3 tres meses. Que el último salario devengado fue \$3.184.910.00”.

señor Fernández Cantillo y, además, librar la correspondiente orden de captura (f. 26-50, 360-384, c. 1).

15.2.1 En el contenido de la mencionada decisión, se indicó que el fundamento fáctico de la investigación adelantada era que "(...) para los años 1.999, 2.000 y 2.001, en los procesos de contratación del Instituto de Seguros Sociales del Magdalena, en su EPS e IPS Clínica, para la compra de servicios de salud, se presentaron irregularidades en sus etapas precontractual, contractual, ejecución y supervisión de los mismos, suscritos por los sindicatos, señores JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ y EDUARDO JOSÉ BARRENECHE BAUTE, quienes fungieron como Gerentes de las mencionadas EPS e IPS, desde el primero de Octubre del años 2.000 al mes de Septiembre del año 2.001, respectivamente; presentándose como consecuencia de ello, un detrimento patrimonial de la entidad".

15.2.2 Como soporte a lo resuelto por el ente instructor –imposición de medida de aseguramiento-, se determinaron específicamente las múltiples falencias en que incurrieron los funcionarios de la entidad -entre ellos el señor Fernando Abadías Fernández Cantillo como jefe del Departamento de Contratación del I.S.S. Seccional Magdalena- en el desarrollo de los procesos de contratación para la compra de los servicios de salud, en los siguientes términos:

Del análisis en conjunto del acervo probatorio allegado a la presente investigación y sometido a la luz de la sana crítica, podemos concluir claramente de conformidad con la cantidad de contratos celebrados y la modalidad de aceptación de oferta, en los años 1.999, 2000 y 2001, suscritos por los investigados, señores JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ, EDUARDO JOSÉ BARRENECHE BAUTE, (sic) y el valor de los mismos (ver folio No:6, 8, 126 a 136 del anexo uno original) relacionados con el presupuesto y realidad financiera del mencionado ente del Instituto de Seguros Sociales del Magdalena EPS-IPS, de que da cuenta el informe del D.A.S. y el cuadro de apropiaciones definitivas de los citados años que nos remite el Vicepresidente Nacional del ISS (ver folios 176 y ss del anexo original 3 y folios 1, 2, 1252, 1253 y 1254 del C.O.), el procedimiento correcto y de conformidad con la Ley 80 del año 1.993, era el de licitación pública, pero en gracia de discusión de ser el camino correcto el de contratación directa y la aceptación de oferta, tampoco se cumplieron los requisitos legales esenciales para la contratación y menos aún en la modalidad de aceptación de oferta, se violaron los principios de TRANSPARENCIA, ECONOMÍA Y RESPONSABILIDAD, y toda la normatividad legal existente, al tiempo de los contratos en mención (Ley 80 de 1.993), pues de conformidad con los contratantes escuchados en descargos solo

algunos de ellos, dan cuenta de la publicación de invitación a inscribirse en el registro de proveedores del ISS, mencionada en sus descargos por el señor FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, quien para la época de los hechos investigados, fungió como JEFE DEL DEPARTAMENTO DE CONTRATACIÓN del ISS del Magdalena, siendo entonces la contratación directa un procedimiento de selección reglado, de conformidad con la citada ley, cualquier aviso o invitación, no cumple con las reglas de ley, este debe contener información mínima de las reglas de contratación, es decir el pliego de condiciones o término de la referencia, de que igualmente habla el manual para la contratación de servicios de salud del ISS, pero muy a pesar de ello, los mencionados contratistas, suscribieron contrato, de conformidad con su oferta de servicios y no con las condiciones que supuesta y previamente debía proponer el ISS, unos desconociendo incluso el citado aviso o publicación, estableciéndose que en precitadas contrataciones no existió etapa precontractual alguna, selección objetiva de contratista y en la etapa contractual, lo primero se hizo de último, tal y como lo afirma en sus descargos el jefe del departamento de contratación, la escogencia la hacía a su arbitrio el gerente y la reserva presupuestal se solicitaba después de suscrito y tramitado el contrato por el correspondiente contratista e igualmente no se ejerció control alguno de ejecución del contrato, siendo este uno de sus deberes, tal y como lo determina el mencionado manual de contratación; En conclusión el señor FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, para efectos de la contratación solo hizo una invitación de inscripción a los contratistas, imprimió las minutas de los contratos correspondientes y comunicó a los contratistas su adjudicación, para que estos hicieran lo suyo ante la entidad pública, incumpliendo su rol y deber como funcionario público, sin convocatoria o aviso alguno en términos de ley, para la libre concurrencia de las personas naturales o jurídicas con capacidad para contratar, no se hizo un estudio previo de ofertas, no existió selección objetiva alguna, se contrató de listas existentes antes de entrar al cargo de gerente de los investigados, del año 1.999, tal y como lo manifestaron estos en sus descargos, lista de la cual escogieron a sus proveedores a criterio e interés propio, sin estudio alguno de la capacidad del contratista y su infraestructura para la prestación del servicio de salud contratado, se presentó fraccionamiento de contratos, no solo frente a una sola especialidad como la de oftalmología, sino también frente a las diferentes especialidades que una persona natural o jurídica puede proveer, para de esta forma escoger un solo contratista con varios objetos o servicios y una sola cuantía; favoreciendo a determinados intereses, al no contratar conforme a la ley, no se actuó con responsabilidad, transparencia y economía, frente a la necesidad o no de contratar servicios de salud con red externa, pues está demostrado que la IPS Clínica del Seguro Social de esta ciudad, presentaba un plan de salud, no solo para la atención médica de niveles I y II tal y como lo demuestra el citado informe y declaraciones juradas de las personas que con conocimientos profesionales hicieron el estudio de irregularidades que hoy nos ocupa, sino también hasta del III nivel tal y como se desprende de los planes anuales de oferta de salud de la clínica, para los años 1.999, 2000 y 2.001, que nos remitió en dos Diskets el gerente de la mencionada clínica, máxime si el problema

era locativo, de insumos y de material quirúrgico, tal y como lo indican en sus descargos los implicados servidores públicos del ISS e igualmente en acta de visita al Laboratorio del CAA Cundí, se estableció la atención médica en los niveles I y II, determinándose entonces la no necesidad para contratar e igualmente en la ejecución del contrato no se actuó con control alguno, tal como quedó expuesto, la oficina jurídica por ejemplo, solo se encargó de elaborar los contratos con formatos del nivel central y la revisión de la póliza de garantía que era posterior a la firma del contrato, tal como lo manifestara la secretaria de la oficina jurídica a los investigadores del DAS, señora CLARA INÉS LAZARAZO PLATA, que el doctor FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO, llegaba con un listado de contratos que le entregaba el gerente doctor JÁIME FORERO ENRÍQUEZ, para la respectiva elaboración y ejecución, circunstancia que fue confirmada por este en sus descargos, conocían incluso que por red externa se prestaba servicio de atención de salud del primer nivel a cargo de los citados contratos; pero muy a pesar de esto no se actuó conforme a ley, teniendo el dominio del hecho y conociendo de primera mano las falencias de la entidad, que dejaba de atender hasta por la falta de insumos básicos, como ropa quirúrgica; quedando claro que las falencias de la IPS Clínica y CAA del ISS, solo eran la carencia de una unidad de cuidados intensivos, que solo se solucionó en el mes de agosto del año 2.001, existiendo la planta física para ello, desde cuatro años antes, falencias que eran conocidas por el investigado; motivos por los cuales a juicio de esta agencia fiscal, las exculpaciones del jefe de contratación, antes que justificar su actuar contrario a derecho, nos demuestran su responsabilidad penal, en los cargos que se le hacen, al defraudar las expectativas, propias de su rol de funcionario público, como garante de los bienes del ISS; no se actuó con responsabilidad en el departamento de contratación, incumpléndose con las pautas predeterminadas para tal efecto en la Ley 80 y el manual de contratación del ISS.

En consecuencia por el lógico nexo causal existente entre el desvalor de acción del investigado, durante su gestión como jefe del departamento de contratación del Instituto de Seguros Sociales, al permitir contratar con red externa servicios de salud, sin procedimiento legal alguno, servicios que se podían prestar con la red interna, a niveles I, II y algunos de nivel III, e igualmente mejorando el nivel III y siguientes con inversión propia mínima (unidad de cuidados intensivos, insumos básicos, material quirúrgico y mantenimiento de un microscopio), frente al valor total de los contratos suscritos y modalidad de aceptación de oferta, tal como quedó expuesto, y el desvalor de resultado, detrimento patrimonial del ente Estatal en mención en cuantía determinada por el valor de la contratación externa y la sub utilización del recurso técnico y humano que se disponía, que es de un total de \$2.205'002.097,35 pesos m/c., tal como lo estableció el informe de la comisión interna de la institución de fecha diciembre del año 2.001, al que esta agencia fiscal le da absoluta credibilidad, pues está fundamentado en información real y allegada a la presente investigación, incurriendo en las conductas punibles de PECULADO POR APROPIACIÓN en cuantía superior a los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes en CONCURSO con

*CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES,
a título de COAUTORÍA por comisión por omisión.*

Por lo expuesto, este Despacho estima que probatoriamente están dados todos requisitos exigidos por el art. 356 del C.P.P., para imponer medida de aseguramiento en contra del sindicado, señor FERNANDO FERNÁNDEZ CANTILLO, consistente en DETENCIÓN PREVENTIVA, sin el beneficio de la libertad, al no cumplirse con el numeral primero del art. 365 del C.P.P., ni numerales del art. 63 del C.P., y en tal sentido se pronunciará el Despacho.

15.3 La Subunidad de Delitos Contra la Administración Pública de la Fiscalía Delegada n.º 13 de Santa Marta, mediante decisión interlocutoria adoptada el 15 de septiembre de 2005, calificó el mérito de la investigación adelantada hasta ese momento y decidió declararla precluida. También, revocó la medida de aseguramiento impuesta y dispuso la cancelación de la orden de captura decretada (f. 51-70, 386-405, c. 1). La decisión de precluir las pesquisas realizadas se construyó de la siguiente forma:

15.3.1 Frente a las múltiples irregularidades que se pusieron de presente en la decisión que resolvió la situación jurídica del señor Fernando Abadías Fernández Cantillo -y otros-, el ente instructor, en primera medida, precisó que el hecho de que en el I.S.S. se hubiera contratado por el mecanismo de contratación directa y no por el de licitación pública, no significaba que se había infringido una disposición legal, pues la ley autorizaba realizarlo de esta forma, así:

Para el despacho el claro que por disposición del numeral primero, literal I, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud, se hacen a través de contratación directa; con ello se descarta el señalamiento del grupo anticorrupción del ISS, cuando plantea que no existió licitación o concurso, puesto que la Ley, no obligaba en estos contratos a dicha convocatoria.

15.3.2 Se indicó que, en cualquier evento, la aplicación de la modalidad de contratación directa por los funcionarios encargados de la contratación en la entidad –Fernando Abadías Fernández Cantillo y otros- no podía realizarse de cualquier forma, pues además de la disposición legal existente, el manual de contratación del I.S.S. obligaba que se realizaran unos trámites adicionales a los normalmente establecidos para dicho proceso contractual.

15.3.3 Bajo dicha premisa, se logró establecer que el señor Fernández Cantillo y los otros indagados, en diversos contratos celebrados, pretermitieron unos requisitos de la etapa precontractual que, por su esencialidad, eran necesarios para salvaguardar los principios de transparencia, selección objetiva y economía. Se sostuvo en la providencia:

Pero esa contratación directa en los contratos de menor (No. 070), y de mínima cuantía (012, 013, 016, 017, 020, 069, 076, 077, 095, 099 y 111), no podía ser caprichosa por parte de los gerentes que direccionaban los caminos de la EPS del ISS Magdalena, del jefe del departamento de contratación, ni de los contratistas, pues ellos estaban sometidos a los principios de transparencia, economía y escogencia objetiva. En desarrollo de estos principios, el decreto 855 de 1.994 rigió los contratos de prestación de servicios de salud obligando solo en los de menor cuantía a la obtención previa de dos ofertas de proponentes que ofrecieran los bienes o servicios que requiriese la entidad, para lo cual de forma verbal o escrita se debía hacer la solicitud de la oferta (Art. 11). En los contratos de mínima cuantía la disposición en cita no impone como requisito previo la obtención de varias ofertas, solo que el contrato se celebre respetando los precios del mercado.

Pero el Seguro Social ISS, como empresa industrial y comercial del Estado tiene su propio estatuto de contratación, y su contenido obligaba a los procesados que de una u otra forma tuvieron relación directa con la contratación, a solicitar como mínimo dos ofertas escritas de proveedores en todos los contratos sin tener en cuenta la cuantía, para luego proceder a la adjudicación (...).

Lo señalado anteriormente constituye un requisito precontractual esencial, pues asegura para el Estado los principios de transparencia, selección objetiva y economía. Este requisito precontractual no fue atendido por los procesados EDUARDO BARRENECHE BAUTE, JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ y FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, pues con su actuar procedieron a pretermitir ese paso previo, y procedieron a contratar sin solicitud de oferta, y directamente del registro de proveedores del ISS, a las personas naturales o jurídicas que reflejan los contratos para la prestación de servicios de salud números 012, 013, 016, 017, 020, 069, 070, 076, 077, 095, 099 y 111.

Si observamos detenidamente las indagatorias de EDUARDO BARRENECHE BAUTE, JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ y FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, amén de otros medios probatorios, de ellos se advierte que no hubo solicitud de oferta como lo ordenaba el manual de contratación del ISS, pues los contratistas fueron seleccionados de manera directa del registro de la lista de proveedores que tenía vigencia desde el año 1.999 (subrayado del texto).

15.3.4 También la Fiscalía advirtió la infracción al principio de planeación por parte de los indagados encargados de la contratación en el I.S.S. Seccional Magdalena, en los siguientes términos:

El otro aspecto que reprocha el grupo élite del ISS, y que tiene incidencia en la etapa precontractual lo constituye la ausencia del principio de planeación aplicada a los contratos celebrados, pues según el informe esos contratos no se justificaban atendiendo que la red interna lo podía asumir, y se debió haber adoptado estrategias por parte de los gerentes de turno, evitando así, la subutilización de su personal y mayor gasto económico. Respecto de lo anterior cabe anotar que dentro del proceso se logró acreditar con pruebas documentales, y testimonios de personas que de una u otra vivieron la situación de crisis del ISS, que los servicios de salud que fueran objeto de los contratos censurados, no los estaba prestando la IPS del ISS, ni sus centros de atención ambulatoria, por no contar en algunos casos con insumos, en otros, por tener sus equipos averiados, o por carecer de ellos, entre otras circunstancias, que dentro de un plan estratégico, y con la disposición económica del nivel central, con seguridad la erogación en esos gastos por esos conceptos hubiera sido menor.

15.3.5 Se indicó que si bien se encontraban demostradas irregularidades en el trámite de los procesos contractuales llevados a cabo en la entidad, específicamente en la omisión de algunas etapas precontractuales requeridas y en la inobservancia de algunos principios inherentes a la contratación de las entidades del Estado, que conducirían a proferir acusación formal por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lo cierto era que el juzgamiento de dicho tipo penal, según la ley vigente para el momento de los hechos analizados, era una más favorable a la situación de los encartados, circunstancia que no permitía, al menos en lo relacionado con ese hecho, proseguir con la investigación hasta esa fecha adelantada.

15.3.6 Lo anterior, en el entendido de que, de acuerdo con la legislación aplicable al caso, el tipo penal inculcado exigía un elemento subjetivo para su configuración, esto es, que el servidor público, además de omitir el cumplimiento de los requisitos legales del contrato –situación que se encontraba efectivamente demostrada-, tuviera la intencionalidad con ello de generar un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero.

15.3.7 Bajo la lógica planteada, el ente instructor concluyó que comoquiera que no estaba demostrado el elemento subjetivo requerido, pese a estar

acreditada la omisión en el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para adelantar los procesos de contratación, lo procedente era precluir la investigación adelantada en contra de los procesados. La providencia interlocutoria, literalmente, indicó:

Vale decir entonces que hubo fallas dentro de la etapa precontractual dentro de los contratos para la prestación de servicios de salud números 012, 013, 016, 017, 020, 069, 070, 076, 077, 095, 099 y 111, pues de un lado se omitió la solicitud de ofertas, su presentación, evaluación y adjudicación, y por el otro no se adoptaron planes estratégicos por quienes regían la dirección del ISS, con el objeto de mejorar la cobertura de servicios de salud, y con ello reducir la carga económica del instituto, lo que a la luz de la Ley 80 de 1.993, el Decreto 855 de 1.994, y el manual de contratación constituyen un requisito esencial, previo a la celebración del contrato con entidades del Estado.

Lo anterior nos conduciría a afirmar que estamos en presencia de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que consagra el artículo 410 del Código Penal, de no ser porque para la fecha de comisión de estos hechos (7 de febrero y 21 de diciembre de 2.000) se encontraba vigente el ordenamiento penal sustantivo anterior (Decreto 100 de 1.980 art. 146), donde además de sancionar al servidor público por tramitar, celebrar o liquidar contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales era menester, que ese servidor, actuase con el propósito de obtener para sí, para el contratista, o para un tercero un provecho ilícito.

(...)

De las dos disposiciones transcritas, se marca una diferencia, pues el Decreto 100 de 1.980 imprimía un ingrediente subjetivo para el tipo penal de celebración indebida de contratos, como lo era el propósito de obtener un provecho ilícito para el servidor público, el contratista o un tercero, en tanto la disposición punitiva hoy vigente (Ley 599 de 2.000), no lo consagra, pues el legislador al expedir esta Ley, dispuso eliminar este ingrediente subjetivo.

(...)

Lo anterior significa que en el caso sub examine se debe aplicar la ley permisiva o favorable para los procesados (...), que no es otra que la Ley 100 de 1.980, donde a más de demostrar la violación al régimen de contratación administrativa, es menester la conjugación del elemento subjetivo, que refiere el propósito de obtener para sí, para el contratista, o para un tercero, un provecho ilícito.

Considera el despacho que es más favorable el Decreto 100 de 1.980, atendiendo que el ingrediente subjetivo pluricitado, no haya demostración dentro del proceso, pues no hay evidencia alguna que los procesados BARRENECHE BAUTE, FORERO HENRÍQUEZ y FERNÁNDEZ CANTILLO, hayan actuado con el propósito de obtener provecho para sí, para los contratistas (...), o para un tercero.

(...)

Siendo así las cosas, el objeto de los aludidos contratos era lícito, pues esos servicios en materia de salud estaban presentes, y el ISS tenía la obligación de salvaguardar a sus cotizantes y beneficiarios el derecho fundamental a su salud. Cosa distinta es que no se hayan cumplido los pasos previos para la celebración de esos contratos, e incluso que los procesados BARRENECHE BAUTE y FORERO HENRÍQUEZ no hayan realizado una planeación estratégica en torno a ampliar la prestación de esos servicios en su red interna, pues en estos eventos solo tocan el requisito esencial en materia contractual.

(...)

Todo lo anterior que haya reflejo en la actuación procesal es razón suficiente, para que se precluya la investigación a favor de los procesados EDUARDO BARRENECHE BAUTE, JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ, FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO en lo que concierne a la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por las que le fue impuesta la medida de aseguramiento, pues ante la ausencia de ese elemento subjetivo, no es posible la convocatoria a juicio (subrayado del texto).

15.3.8 La Fiscalía también consideró, en relación con los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos, que no obstante haberse infringido el principio de planeación y omitido el cumplimiento de los requisitos legales para la celebración de los contratos, no existían pruebas en el plenario que permitieran inferir que los procesados, primero, se apropiaron indebidamente de bienes del Estado y, segundo, tenían una motivación indebida para concretar dichos acuerdos. Por este motivo, precluyó igualmente la indagación adelantada por estas conductas punibles. Literalmente argumentó:

En lo referente al PECULADO POR APROPIACIÓN planteado en el proveído que definió la situación jurídica de los procesados EDUARDO BARRENECHE BAUTE, JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ, FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, el suscrito se muestra en total en desacuerdo con los planteamientos del antecesor, puesto que si bien concordamos que en la celebración de los contratos cuestionados no se dio aplicación al principio de planeación en procura de mejorar la prestación de los servicios de salud, y economizar en el gasto, lo cierto es que las sumas de dinero erogadas por el ISS bajo la violación de ese principio, no podían constituir un PECULADO POR APROPIACIÓN, tampoco un PECULADO CULPOSO como lo plantea la representante del Ministerio Público, pues tal accionar con violación a ese principio, se censura desde el ámbito de la conducta punible de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.

Es de entender que ante la falta de planeación y de políticas de gestión de una entidad del Estado como ocurrió en el ISS, se produzca un desgaste económico innecesario, pues claro es que si el instituto hubiera contado con la infraestructura de elementos e

insumos necesarios, sus propios trabajadores hubieran llevado a cabo esas tareas a un mejor precio; pero ante ello, no hay razón jurídica para sostener que hubo apropiación de bienes del Estado.

(...)

Se tiene entonces que en el proceso no hay elemento de prueba alguna que ponga en evidencia siquiera que estamos en presencia de un PECULADO POR APROPIACIÓN, y resulta un despropósito siquiera pensar que ante la falta de gestión de parte de los servidores públicos aquí vinculados para lograr reducir los gastos en materia de contratación (principio de planeación), esos dineros que el Estado derogó, pudiendo haberlos minimizado, puedan constituir la conducta punible que contiene el artículo 397 del Código Penal.

(...)

También, considera el despacho que la prueba recaudada a lo largo de esta investigación, no advierte que los procesados EDUARDO BARRENECHE BAUTE, JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ, FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, hayan adecuado su comportamiento a la conducta punible de INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATO, y lo que es igual, se hayan interesado en provecho propio, o de los contratistas en los contratos celebrados para la prestación de servicios de salud arriba señalados.

(...)

Cosa distinta es que el proceso informe que aquellos seleccionaron de manera directa, y sin llevar a cabo los pasos previos a la celebración del contrato a los contratistas (...), lo que impone solo la violación de requisitos esenciales en la etapa precontractual, más no la conducta punible que tipifica y sanciona el artículo 409 del Código Penal, pues no se observa el interés que los ha debido mover para llevar a cabo esa contratación.

(...)

En este sentido también serán cobijadas con PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, como forma de calificación, las conductas punibles signadas a los procesados de PECULADO POR APROPIACIÓN e INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, pues se reitera no hay elementos probatorios que permitan hacer la convocatoria a juicio por estas conductas punibles, y en eso concordamos con todos los sujetos procesales que en tiempo presentaron sus alegatos de conclusión.

15.4 La precitada resolución de preclusión cobró pacífica ejecutoria el 3 de octubre de 2005 (f. 385, c. 1, constancia secretarial de la Unidad II Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Marta⁴).

15.5 El señor Fernando Abadías Fernández Cantillo, por cuenta de la investigación adelantada en su contra por los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración

⁴ "Se deja constancia, que la resolución de fecha quince (15) de septiembre de dos mil cinco (2.005), (calificación preclusión de investigación), proferida por la **FISCALÍA TRECE SECCIONAL**, dentro del radicado de la referencia, cobró ejecutoria el día tres (3) de octubre de dos mil cinco (2.005), a las 6 pm. Y contra la misma no se interpusieron recurso (sic) alguno" (resaltado del texto).

de contratos, estuvo privado de su libertad intramuros desde el 30 de noviembre de 2004 hasta el 17 de diciembre de la misma anualidad (f. 298, c. 1, certificación expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC el 27 de mayo de 2009⁵). El 17 de diciembre de 2004 suscribió, en la clínica donde se encontraba recluso, diligencia de compromiso con el fin de permanecer en detención domiciliaria (f. 126, c. 1, acta de diligencia de compromiso).

VI. Problema jurídico

16. Procede la Sala a determinar si en el caso bajo análisis resulta imputable al Estado el daño ocasionado a Fernando Abadías Fernández Cantillo por la privación de la libertad a la que fue sometido, a causa de la investigación penal adelantada en su contra por la Fiscalía General de la Nación. Para ello, es preciso establecer si, pese a que fue precluida la indagación a favor del demandante, su conducta, tal y como lo consideró el tribunal *a quo*, resultó determinante en la producción del daño que se alega.

VII. Análisis de la Sala

17. De conformidad con los elementos de prueba obrantes en el expediente, se encuentra probado el **daño** causado al demandante, comoquiera que está debidamente acreditado que el señor Fernando Abadías Fernández Cantillo estuvo vinculado a una investigación penal como posible autor de los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, en el marco de la cual se ordenó su captura y se dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la cual se hizo efectiva.

18. En cuanto al **régimen de responsabilidad** aplicable en estos casos, se debe precisar que el fundamento legal de la responsabilidad a cargo del Estado por

⁵ "Al respecto le comunicamos, que el señor **FERNÁNDEZ CANTILLO FERNANDO ABADÍAS**, identificado con C.C. N° 12.613.400 de Ciénaga, ingresó a este Establecimiento Carcelario, el día 30 de noviembre del 2004, por el delito de Peculado por Apropiación, a cargo de la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta, Oficio N° 1691 de Noviembre 29 del 2004. Proceso N° 49385. Y salió por Suspensión de la Privación de la Libertad, el día 17 de diciembre del 2004, por orden de la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta, mediante Oficio N° 1741 de la misma fecha. Proceso N° 49385" (resaltado del texto).

daños causados con ocasión de la privación injusta de la libertad estaba constituido por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que disponía:

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

19. En interpretación de dicho artículo, el criterio de esta Corporación en relación con la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad, es el siguiente:

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente⁶, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél⁷.

⁶ [18] "A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art. 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquélla para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp: 12.076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp: 13.449".

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

20. No obstante lo anterior, es preciso advertir que para el momento en el que se precluyó la investigación a favor del señor Fernando Abadías Fernández Cantillo -15 de septiembre de 2005-, ya había entrado en vigencia la Ley 270 de 1996, cuyo artículo 68 establece que “*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios*”, así como la Ley 600 del 2000, cuyo artículo 535 derogó expresamente el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991.

21. Para la Sala, estas circunstancias no impiden abordar la responsabilidad de la demandada con fundamento en el criterio expuesto. En efecto, esta Corporación ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos haya sido “*abiertamente arbitraria*”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos.

22. En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis de responsabilidad objetiva establecidas en el artículo 414 del Decreto 2700, con independencia de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, no por una aplicación ultractiva de dicho precepto, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, puesto que, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión. Al respecto se ha dicho:

Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación⁸.

En consecuencia, la Subsección no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el

⁸ [3] “Sobre el particular, consultar la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio iura novit curia, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma.

Es decir, cuando se absuelve al procesado porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso⁹.

23. En conclusión, de acuerdo con estos lineamientos, en los casos desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, señalados con anterioridad, no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla; al damnificado le basta con acreditar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención. Con esa demostración, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos.

24. En el *sub exámine*, encuentra la Sala que la Subunidad de Delitos Contra la Administración Pública de la Fiscalía Delegada n.º 13 de Santa Marta, mediante decisión interlocutoria adoptada el 15 de septiembre de 2005, calificó el mérito de la investigación adelantada hasta ese momento y decidió declararla precluida. Lo anterior, en el entendido de que no había lugar, de acuerdo con el tipo penal que resultaba aplicable para la época en que sucedieron los hechos analizados, a cimentar una acusación formal en contra de los procesados, pues si bien se encontraban acreditadas las múltiples fallas en que incurrieron en el desarrollo de los procesos de contratación al interior de la entidad, lo cierto era

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 19 de octubre 2011, exp. 1994-02193 (19151), C.P. Enrique Gil Botero.

que, por una parte, no se cumplía con el elemento subjetivo –intencionalidad- exigido para que el punible de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales se configurara y, de otro lado, no existían pruebas en el plenario que permitieran inferir la comisión de los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos (*supra* párr. 15.3).

25. Por tanto, es forzoso concluir que en lo que respecta a los tipos penales referidos, la administración no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del señor Fernández Cantillo, motivo por el cual habría lugar, en principio, a condenar al Estado por la privación de la libertad que sufrió, teniendo en cuenta que se le precluyó la investigación por los delitos que se le imputaban.

26. Ahora bien, es preciso determinar si, como lo señaló el Tribunal al proferir la sentencia de primera instancia, en el presente caso se configuró una causa extraña que rompió la imputación fáctica del daño antijurídico sufrido, por el incumplimiento de las funciones –falta de acuciosidad- que como encargado de los procesos de contratación del I.S.S., Seccional Magdalena, para la compra de servicios de salud, tenía el señor Fernández Cantillo, que lo llevó a suscribir contratos sin el lleno de los requisitos legales y, corolario de ello, infringir los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y transparencia.

27. Sobre dicha causal de exoneración, esta Corporación ha manifestado que aplica en los eventos en los cuales la víctima con su actuación exclusiva y determinante fue quien dio lugar a que se profiriera en su contra la medida de aseguramiento. Al respecto, el numeral 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ establece esta posibilidad, al preceptuar que:

(...) Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (...).

¹⁰ Ratificado por Colombia el 29 de noviembre de 1969, previa aprobación del Congreso de la República mediante Ley No. 74 de 1968. Pacto que hace parte del bloque de constitucionalidad y prevalece en el orden interno, en virtud de lo previsto en los artículos 53, 93, 94, 102 y 214 de la Constitución Política Colombiana.

28. Adicionalmente, la Ley 270 de 1996 en su artículo 70 señaló que el hecho de la víctima da a lugar a exonerar de responsabilidad al Estado, así: "(...) *El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado (...)*". La Corte Constitucional respecto de la precitada disposición manifestó:

(...) Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual 'nadie puede sacar provecho de su propia culpa'. La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible (...)¹¹.

29. Teniendo en cuenta el fundamento normativo citado, y lo señalado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima, al respecto ha dicho:

(...) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. (...). Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, exp. P.E.-008, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.

(...)

Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)¹².

30. De conformidad con lo dicho, el hecho de la víctima se configura cuando esta dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o gravemente culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles. Si bien es cierto que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política¹³ los particulares sólo son responsables por infringir las prohibiciones contenidas en normas legales, en tratándose de servidores públicos, aquellos son responsables por la omisión o extralimitación en el cumplimiento de sus funciones.

31. Por esa circunstancia, cuando la privación se produce como consecuencia de una investigación adelantada contra un servidor público por un punible que presuntamente se produjo con ocasión del ejercicio de su cargo, para efectos de verificar si se configuró un hecho de la víctima es preciso determinar cuáles eran sus funciones y obligaciones, y establecer si el incumplimiento de alguna de ellas fue determinante para motivar a la Fiscalía a imponer la medida de aseguramiento¹⁴.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹³ “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

¹⁴ Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del hecho exclusivo de la víctima en los casos de privación injusta de la libertad, cuando esta se desempeñaba como servidor del Estado, en los siguientes términos: “En efecto, el señor Giraldo Henao dio lugar a su propia detención, si se tiene en cuenta que (i) No legalizó la retención, como lo evidencia el propio juez que lo absolvió (...); y (ii) faltó a la verdad sobre los hechos investigados, tal como se observa de las providencias penales. Basta recordar el análisis que efectuó el Juez Penal del Circuito de Lérida, en la sentencia absolutoria del 7 de julio de 1998, en la que cuestionó el comportamiento de los policías sindicados: // “No entendemos la posición de los procesados Agentes de Policía y su Comandante para la

32. Ahora, es preciso aclarar que dicho análisis de la conducta del servidor público no guarda identidad con el adelantado por las autoridades penales al momento de estudiar la culpabilidad del sindicado, teniendo en cuenta que para desentrañar los conceptos de dolo o culpa en sede de responsabilidad del Estado debe acudir a las normas propias del derecho civil. Al respecto, ha dicho esta Corporación¹⁵:

Para responder el anterior asunto cabe recordar que la Sala¹⁶ ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el derecho civil, artículo 63 del Código Civil, que no se corresponden con los del derecho penal: (...). Sobre la noción de culpa y dolo, en esa oportunidad también consideró, en criterio que aquí se reitera que, culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o

época de los acontecimientos, **en negar de manera tan rotunda la permanencia de aquellos sujetos en sus instalaciones** durante aquella tarde, noche y primera hora de la madrugada del día siguiente, **como tampoco el no cumplir como imperioso requisito registrarles en sus libros con hora de llegada, motivo de la conducción y hora de salida, lo que bien a la lógica trae violación de su reglamento interno**. Da ello lugar a pensar que éstos Agentes Policiales participaren de estructurando (sic) plan para acabar con la vida de MARLON ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, siendo por ello que optaron por omitir cualquier circunstancia que causare rastro o dejare vestigio de la criminal empresa (...) // La privación de la libertad del señor Álvarez Rodríguez por parte los Agentes de Policía, ilegal o justificada, los compelió a registrar la captura, a ponerlo a disposición de las autoridades competentes y a garantizar su seguridad. Por lo tanto, el hecho de que el Agente Giraldo hubiera participado en la retención y omitido lo previsto en la ley para estos casos, fue determinante y exclusiva en la adopción de la medida que ordenó la privación de su libertad // Ese comportamiento fue irregular, como lo fue el haber mentido durante la investigación // Y si bien no se demostró su responsabilidad penal por la retención ilegal y muerte del señor Álvarez, lo cierto es que su conducta, desde la perspectiva de los elementos que estructuran la imputación del daño, fue causa determinante y exclusiva del daño que padeció // Con fundamento en lo anterior y en lo previsto en el citado artículo 414 del C. de P. Penal, que condiciona la indemnización a que el detenido no hubiere dado lugar a la detención por dolo o por culpa grave, la Sala concluye que el daño no es imputable al Estado // En este caso, como quedó demostrado, la conducta del señor José Reinaldo Giraldo Henao fue negligente, irregular, determinante y excluyente en la producción del daño, pues su comportamiento dio lugar a la privación de la libertad” (resaltado del texto). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 1998-01619 (17188), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 2001-01145 (27414), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁶[23] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, rad. 52001-23-31-000-1997-08394-01(17933), C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo¹⁷.

33. En este mismo sentido es importante anotar que las consideraciones relativas a si el hecho de la víctima, esto es, la actuación dolosa o gravemente culposa de la persona privada injustamente de su libertad, fue determinante para la producción de este daño, es decir, si fue o no su causa eficiente, se circunscriben al análisis de imputabilidad de este último, indispensable en cualquier juicio de responsabilidad, pero de ningún modo implican un juicio sobre lo bien o mal fundado de la actuación de la autoridad que haya dispuesto la captura o la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En efecto, al margen de que la actuación de la víctima fuera o no de aquéllas que dan lugar a la captura; o constituyera o no un indicio de responsabilidad que, de acuerdo con la normativa penal, habilitara proferir medida de aseguramiento – análisis propios del régimen de responsabilidad subjetivo, esto es, el fundado en la falla del servicio-, lo que interesa para el estudio de la causal eximente de responsabilidad del hecho de la víctima es que su conducta, dolosa o gravemente culposa desde la perspectiva civil, haya sido la causa eficiente del daño, es decir, la razón sin la que aquél no se habría producido, estudio que puede ser adelantado sin que ello signifique que, al mismo tiempo, se esté valorando si la autoridad penal correspondiente actuó correctamente o no a la hora de tener en

¹⁷ [24] “[ibídem]”.

cuenta dicha conducta para efectos de ordenar la privación de la libertad¹⁸. Así pues, al analizar el carácter determinante y exclusivo del hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, el juez de lo contencioso administrativo se limita a verificar que fue la que ahora, y desde la perspectiva civil, se califica como conducta dolosa o gravemente culposa de la persona privada de la libertad, la que llevó a la autoridad correspondiente a imponer dicha privación, absteniéndose de valorar si, desde el punto de vista penal, esa conducta daba lugar o no a la detención.

34. En el *sub lite*, se observa que la conducta del demandante fue determinante, pues se demostró que el daño –privación de la libertad- se produjo como consecuencia directa del incumplimiento de los deberes que tenía a su cargo como servidor público, en general, y como funcionario encargado de la contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, en particular.

35. Para el efecto, es preciso recordar que el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, al pronunciarse sobre el control fiscal realizado por la Contraloría General de la República, dispone que la gestión de los recursos debe adelantarse “(...) *fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*”. El artículo 8 de la Ley 43 de 1993 señala que dicha actividad debe desarrollarse respetando, además, el principio de eficacia.

36. En el mismo sentido, el artículo 6 de la Ley 610 del 2000, aplicable al asunto comoquiera que entró en vigencia el 15 de agosto de dicho año, definió el daño patrimonial del Estado de la siguiente manera: “(...) *la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado (...). Dicho*

¹⁸ Y es que no puede perderse de vista que, dado que los procesos penales y de responsabilidad administrativa atienden finalidades disímiles y se rigen por normas, principios y objetivos diferentes, puede ocurrir que la misma conducta que, en materia penal, dio lugar a proferir medida de aseguramiento en contra del sindicado pero, a la larga, no cumplió con los requerimientos necesarios para fundar una condena -lo que en esa materia conlleva necesariamente a una sentencia absolutoria-, desde la perspectiva civil constituya dolo o culpa grave y rompa el nexo de causalidad que puede establecerse entre el daño cuya indemnización se reclama –la privación de la libertad- y la actuación de la Fiscalía General de la Nación, esto es, que configure la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de la víctima.

daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.

37. En materia disciplinaria, el artículo 34 la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único vigente para el momento de los hechos- disponía que son deberes de los funcionarios públicos, entre otros, los siguientes: (i) “[c]umplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”; (ii) “[f]ormular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público”; (iii) “[U]tilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos” (iv) “[v]igilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinado”.

38. A su vez, en lo que se refiere a quienes intervienen en los procesos de contratación de las entidades estatales, la Ley 80 de 1993, “[p]or la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establece en su artículo 23, como deber en relación con las actuaciones de esta naturaleza, que las mismas “se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

39. De lo expuesto se desprende que la gestión fiscal es una función pública que, por su especial importancia, se encuentra estrictamente reglada, circunstancia por la cual debe adelantarse con total observancia de los principios

establecidos para el efecto en el artículo 267 de la Constitución -ya citado-, y
ciñéndose a lo dispuesto por la ley sobre los deberes de los servidores del Estado.
Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

Tratándose de recursos públicos manejados por los servidores públicos, nuestro ordenamiento dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, pues el manejo de estos recursos involucra el interés general, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado¹⁹.

40. En el caso concreto, se advierte que el señor Fernando Abadías Fernández Cantillo, en su calidad de jefe de contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, al pretermitir unos requisitos previos en los distintos procesos de contratación realizados (*supra* párr. 15.3.3, 15.3.4) -que por disposición legal o reglamentaria (Manual de Contratación del I.S.S.) debían cumplirse-, incumplió los principios básicos de la contratación estatal estipulados en la Ley 80 de 1993, en virtud de los cuales (i) “[L]os servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”; (ii) “[E]n las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”.

41. Teniendo en cuenta el especial cuidado que amerita la disposición de recursos públicos, para la Sala no hay duda que el demandante incumplió los deberes que le había asignado el reglamento específicamente²⁰, comoquiera que

¹⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-127 de 18 de febrero de 2003, exp. expediente D-4099 y 4116, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ En la transcripción del párrafo 15.3.3 –resolución de la Fiscalía en la que se calificó el mérito del sumario y se precluyó la investigación adelantada- se evidencia la conclusión a la que arribó el ente instructor, en los siguientes términos: “Pero el Seguro Social ISS, como empresa industrial y comercial del Estado tiene su propio estatuto de contratación, y su contenido obligaba a los procesados que de una u otra forma tuvieron relación directa con la contratación, a solicitar como mínimo dos ofertas escritas de proveedores en todos los contratos sin tener en cuenta la cuantía, para luego proceder a la adjudicación (...) // Lo señalado anteriormente constituye un requisito precontractual esencial, pues asegura para

previo a adjudicar los distintos contratos, le era exigible que verificara si se contaba con las dos ofertas escritas, ya que de no ser así, debía declarar desierto el proceso de adjudicación y en consecuencia realizar una segunda convocatoria. En todo caso, debió verificar si los precios ofertados eran realmente los más económicos del mercado.

42. Es preciso recordar que en aras de cumplir a cabalidad los principios propios de la gestión fiscal, el deber más básico que debe cumplir el funcionario es realizar las erogaciones presupuestales únicamente en aquellos casos y en los montos autorizados por la ley o el reglamento, puesto que, como es apenas natural, el pago de sumas no justificadas -en este caso a consecuencia de la adjudicación de contratos estatales sin los formalismos requeridos-, pone en peligro el patrimonio público e impide, en cierta forma, cumplir con los fines del Estado.

43. Si bien es cierto que dicho actuar descuidado y negligente no comprometió la responsabilidad penal del actor, teniendo en cuenta que la investigación fue precluida y, en consecuencia, no se le desvirtuó su presunción de inocencia, pues el tipo penal aplicable al asunto exigía elementos adicionales -subjetivos- a las irregularidades presentadas en los procesos de contratación realizados -que sí se demostraron-, para efectos de la responsabilidad extracontractual del Estado es claro que aquel actuar sí fue una causa determinante y exclusiva para la privación de la libertad del señor Fernando Abadías Fernández Cantillo (*supra* párr. 15.3.5).

44. Efectivamente, se tiene que el daño es imputable a la propia víctima, comoquiera que fue la conducta adoptada por el demandante la que motivó a la Fiscalía a iniciar la investigación penal y a imponer la medida de aseguramiento, toda vez que el incumplimiento al deber de cuidado del entonces jefe de contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, fungió como un indicio grave en su contra, que, a su vez, sirvió de sustento para proferir la resolución que decidió su situación jurídica (*supra* párr. 15.2.2).

el Estado los principios de transparencia, selección objetiva y economía. Este requisito precontractual no fue atendido por los procesados EDUARDO BARRENECHE BAUTE, JÁIME ALFONSO FORERO HENRÍQUEZ y FERNANDO ABADÍAS FERNÁNDEZ CANTILLO, pues con su actuar procedieron a pretermitir ese paso previo, y procedieron a contratar sin solicitud de oferta, y directamente del registro de proveedores del ISS, a las personas naturales o jurídicas que reflejan los contratos para la prestación de servicios de salud números 012, 013, 016, 017, 020, 069, 070, 076, 077, 095, 099 y 111" (subrayado del texto original).

45. Así las cosas, para la Sala, tal y como lo consideró el *a quo*, se está en presencia de una clara ausencia de imputación, toda vez que está demostrado que el demandante tuvo actuación exclusiva y determinante en el hecho imputado, y el daño sólo puede ser atribuido a una causa extraña, sin que exista la posibilidad de endilgarlo a la parte demandada. Por ese motivo, se procederá a confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2010, por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

SEGUNDO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala de Subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH

RAMIRO PAZOS GUERRERO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - El objeto de estudio del caso en concreto debió limitarse al dolo o culpa grave / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Régimen disciplinario y sancionatorio. El juez administrativo carece de competencia para pronunciarse

Para fundamentar tal decisión la mayoría acudió a análisis que desde mi perspectiva desbordan el alcance del juez la responsabilidad pues se adentró en aspectos relacionados con la responsabilidad fiscal y disciplinaria. (...) Es decir, el hecho de adentrarse en análisis que escapan a la competencia del juez de la responsabilidad y así mismo concluir que se está en presencia de una ausencia de imputación por causa extraña atribuible al actor. (...) En relación con el estudio de aspectos relacionados con la responsabilidad fiscal y disciplinaria de la persona privada de la libertad, es claro que a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, se desborda la competencia del juez de la responsabilidad con consecuencias en el debido proceso sancionatorio. Es menester recordar que para efectos de establecer la reparación basta estudiar si existe un daño antijurídico y si

el mismo es imputable a Estado al igual que adentrarse en el comportamiento de la víctima sin implicación en sus responsabilidades penal, disciplinaria o fiscal. Específicamente en materia de privación injusta de la libertad el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 señaló que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”. Así mismo, el artículo 70 de la misma ley establece que el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo (...) la argumentación debió girar, exclusivamente, en torno al dolo o culpa grave en que incurrió mientras estuvo como funcionario encargado del manejo de la contratación del I.S.S. Magdalena, al margen de aspectos de responsabilidad fiscal y disciplinaria.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 70

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 47001-23-31-000-2008-00282-01(39811)

Actor: FERNANDO FERNANDEZ CANTILLO Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

ACLARACION DE VOTO DOCTORA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales aclaro mi voto favorable a la decisión de fondo.

1. Mediante la providencia de la referencia se confirmó la sentencia proferida el 26 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se negaron las pretensiones. Para el efecto, se encontró que el daño “*se produjo como consecuencia directa del incumplimiento de los deberes que tenía a su cargo como servidor público, en general, y como funcionario encargado de la contratación del I.S.S. Seccional Magdalena, en particular*”.

No obstante, para fundamentar tal decisión la mayoría acudió a análisis que desde mi perspectiva desbordan el alcance del juez la responsabilidad pues se adentró en aspectos relacionados con la responsabilidad fiscal y disciplinaria.

Así se sostuvo que *“es preciso recordar que el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, al pronunciarse sobre el control fiscal realizado por la Contraloría General de la República, dispone que la gestión de los recursos debe adelantarse (...) fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”. El artículo 8 de la Ley 43 de 1993 señala que dicha actividad debe desarrollarse respetando, además, el principio de eficacia”.*

Y que *“en el mismo sentido, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, aplicable al asunto como quiera que entró en vigencia el 15 de agosto de dicho año, definió el daño patrimonial del Estado de la siguiente manera (...) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado (...). Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.*

Respecto de la responsabilidad disciplinaria se señaló que *“el artículo 34 de la Ley 734 de 2002-Código Disciplinario Único vigente para el momento de los hechos-disponía que son deberes de los funcionarios públicos, entre otros, los siguientes: (i) “[C]umplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”, (ii) “[F]ormular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público”, (iii) [U]tilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos (...).”*

Así mismo, se precisó que *“en lo que refiere a quienes intervienen en los procesos de contratación de las entidades estatales, la Ley 80 de 1993 (...) establece en su artículo 23, como deber en relación con las actuaciones de esta naturaleza, que las mismas “se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (...).”*

Por lo expuesto se concluyó que *“la gestión fiscal es una función pública que, por su especial importancia, se encuentra estrictamente reglada, circunstancia por la cual debe adelantarse con total observancia de los principios establecidos para el efecto en el artículo 267 de la Constitución –ya citado- y ciñéndose a lo dispuesto por la ley sobre los deberes de los servidores del Estado (...).”*

Adicionalmente, la confirmación de la sentencia se fundamentó en que se trata de *“una clara ausencia de imputación, toda vez que está demostrado que el demandante tuvo actuación exclusiva y determinante en el hecho imputado y el daño solo puede ser atribuido a una causa extraña, sin que exista posibilidad de endilgarlo a la parte demandada”*.

Es necesario aclarar que, si bien comparto la decisión adoptada, los aspectos anteriores constituyen el motivo de mi pronunciamiento. Es decir, el hecho de adentrarse en análisis que escapan a la competencia del juez de la responsabilidad y así mismo concluir que se está en presencia de una ausencia de imputación por causa extraña atribuible al actor.

En relación con el estudio de aspectos relacionados con la responsabilidad fiscal y disciplinaria de la persona privada de la libertad, es claro que a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, se desborda la competencia del juez de la responsabilidad con consecuencias en el debido proceso sancionatorio. Es menester recordar que para efectos de establecer la reparación basta estudiar si existe un daño antijurídico y si el mismo es imputable a Estado al igual que adentrarse en el comportamiento de la víctima sin implicación en sus responsabilidades penal, disciplinaria o fiscal.

Específicamente en materia de privación injusta de la libertad el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 señaló que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*. Así mismo, el artículo 70 de la misma ley establece que *“el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, (...).”*

Conforme lo expuesto, bastaba a la Sala analizar esto último, evento en el que el Estado no está obligado a reparar, al margen del daño antijurídico derivado de la presunción de inocencia.

Así las cosas, aunque en efecto no era procedente declarar la responsabilidad del Estado por la privación del señor Fernando Abadías Fernández Cantillo, la argumentación debió girar, exclusivamente, en torno al dolo o culpa grave en que incurrió mientras estuvo como funcionario encargado del manejo de la contratación del I.S.S. Magdalena, al margen de aspectos de responsabilidad fiscal y disciplinaria.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada