



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 760012331000200203243 01 (50.737)

Actor: JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: DAÑOS CAUSADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Falla en el servicio por indebida valoración probatoria al momento de la imposición de la medida de aseguramiento.

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada – Fiscalía General de la Nación- contra la sentencia del 31 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“1. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, frente a LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL, conforme a lo expuesto.

“2. DECLÁRASE administrativamente responsable a LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la detención injusta del señor JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO, conforme a lo expuesto.

“3. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:

- Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, pagar por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

- Para el señor JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO como perjudicado directo la suma de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Para la señora SOLEDAD ARANGO DE OSPINA (madre) como perjudicada indirecta la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Para DIANA CAROLINA OSPINA CASAS y DIDIER FABIÁN OSPINA AZCÁRATE (hijos), como perjudicados indirectos la suma de (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Para los señores MARÍA DENCY OSPINA ARANGO y JAVIER HUMBERTO OSPINA ARANGO (hermanos) como perjudicados indirectos la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

"4. CONDÉNASE a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de daño emergente a favor del señor JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO, la suma de \$41'361.715.

"5. CONDÉNESE a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de lucro cesante a favor del señor JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO, la suma de \$53'769.206.

"6. DÉSE cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

"7. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

"8. EXONERAR de responsabilidad al doctor ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR, llamado en garantía, conforme a lo expuesto".

I. SÍNTESIS DEL CASO

Según la demanda, se configuró una privación injusta de la libertad en perjuicio del señor José Didier Ospina Arango, toda vez que se le impuso una medida restrictiva de su libertad, sin el cumplimiento de los requisitos legales y porque finalmente fue absuelto del delito por el que se le investigó.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 9 de agosto de 2002¹, los señores José Didier Ospina Arango y Margarita Casas Aragón, quienes actúan en su propio nombre y en representación de su hija menor

¹ Folio 224 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

Diana Carolina Ospina Casas, Didier Fabián Ospina Azcárate, Soledad Arango de Ospina, María Dency Ospina Arango, Javier Humberto Ospina Arango, por medio de apoderado judicial², presentaron demanda, en ejercicio de la acción de reparación directa, en contra de la Nación –Fiscalía General de la Nación- y Nación –Rama Judicial-, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios a ellos irrogados con ocasión de la privación de la libertad del primero de los nombrados.

Como indemnización de perjuicios morales, los demandantes solicitaron el pago de 1.000 SMLMV para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, pidieron la suma de \$26'865.650 a favor del principal afectado y, en la modalidad de daño emergente, \$25'000.000 para ese mismo demandante, derivados del pago de honorarios profesionales a los profesionales del Derecho que ejercieron su defensa dentro del proceso penal³.

1.1. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se narró, en síntesis, que, el 24 de julio de 1995, varios socios de la Corporación Club Social Tequendama de Cali formularon denuncia contra los directivos de ese club, entre otras razones, por el pago de 163 millones a varios concejales del municipio de Cali, para la aprobación de un acuerdo municipal, a través del cual se autorizaba al alcalde de Cali a negociar un lote de terreno que ocupaba el referido club social a título de comodato.

El conocimiento de la denuncia le correspondió a la Fiscalía 97 Seccional de Cali, la cual, mediante resolución del 4 de febrero de 1997, vinculó al proceso penal, mediante indagatoria, al señor José Didier Ospina Arango por el delito de cohecho propio, pero se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en su contra.

Sin embargo, el 15 de enero de 1998 ese mismo fiscal de conocimiento profirió resolución de acusación contra el señor José Didier Ospina Arango como coautor

² Según los poderes obrantes a folios 1 a 4 del cuaderno 1.

³ Folios 202 a 205 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

del delito de cohecho propio, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria y ordenó la suspensión de su cargo de concejal del municipio de Cali.

Mediante sentencia proferida el 10 de noviembre de 1999, el Juez Décimo Penal del Circuito de Cali absolvió de responsabilidad al señor José Didier Ospina Arango y ordenó su libertad, dicha decisión fue apelada por la Fiscalía de conocimiento, pero el recurso fue declarado desierto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Cali, a través de providencia del 11 de agosto de 2000.

Por último, afirmó la demanda que la privación injusta de la libertad del señor José Didier Ospina Arango generó graves perjuicios a los demandantes, los cuales debían indemnizarse por las demandadas⁴.

2. Trámite de primera instancia

Mediante proveído del 18 de octubre de 2002⁵, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda, la cual se notificó en debida forma al Ministerio Público y a las demandadas⁶.

2.1. Las contestaciones de la demanda

2.1.1. La Nación –Rama Judicial- se opuso a las pretensiones de la demanda, para tal efecto, señaló que no se configuran los supuestos que permiten estructurar la responsabilidad patrimonial en su contra, dado que actuó conforme a derecho, dentro del marco de la ley penal y sin que se configurara falla alguna del servicio.

Finalmente, señaló que se configuró la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que existía material

⁴ Folios 2005 a 218 del cuaderno 1.

⁵ Folios 225 a 226 del cuaderno 1.

⁶ Folios 231 a 234 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

probatorio suficiente para deducir su responsabilidad penal respecto del delito que se le imputó⁷.

2.1.2. La Nación – Fiscalía General de la Nación se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, para tal efecto, indicó que la privación de la libertad del señor José Didier Ospina Arango no podía catalogarse de injusta, toda vez que se ordenó con observancia de los presupuestos establecidos en la ley penal y con base en las pruebas obrantes en la investigación penal, las cuales permitían colegir que aquel había participado en la comisión de las conductas punibles investigadas⁸.

2.1.3. Llamado en garantía

En el mismo escrito de contestación de la demanda, la Fiscalía General de la Nación llamó en garantía al señor Orlando Echeverry Salazar, quien tuvo a su cargo la investigación en contra del señor José Didier Ospina Arango y adoptó las decisiones que se cuestionan en este proceso⁹.

Mediante auto del 24 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca aceptó dicha solicitud de llamamiento en garantía, proveído que se notificó en legal forma al llamado¹⁰.

En la contestación del llamamiento, el señor Orlando Echeverry Salazar manifestó su oposición frente a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, señaló que no se configuran los supuestos que permiten estructurar la responsabilidad patrimonial en su contra, dado que actuó conforme a derecho, dentro del marco de la ley penal y sin que hubiera incurrido en irregularidad alguna.

Agregó que se configuró la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que existía material probatorio suficiente para deducir responsabilidad penal del hoy actor respecto del delito que se le imputó¹¹.

⁷ Folios 242 a 247 del cuaderno 1.

⁸ Folios 260 a 271 del cuaderno 1.

⁹ Folios 268 a 269 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 273 y 300 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 309 a 357 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

2.2. Etapa probatoria

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través de providencia del 29 de octubre de 2009, decretó las pruebas solicitadas¹².

2.3. Alegatos de conclusión

Vencido el período probatorio, por auto de 1 de junio de 2011 el *a quo* dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹³.

2.3.1. La parte actora reiteró los argumentos que expuso en la demanda e insistió en que la privación de la libertad del señor José Didier Ospina Arango era una carga que no estaba en la obligación jurídica de soportar, razón por la cual el Estado debía responder patrimonialmente por el daño antijurídico que les había causado a los demandantes, máxime cuando la medida de restricción que le fue impuesta se expidió sin que hubiera pruebas acerca de la existencia del delito, ni de su supuesta participación en este¹⁴.

2.3.2. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Rama Judicial reiteraron los argumentos que expusieron en las contestaciones de la demanda e insistieron en que, en el caso bajo estudio, no se daban los supuestos acogidos por la jurisprudencia para que el Estado sea declarado patrimonialmente responsable por una supuesta privación injusta de la libertad¹⁵.

2.3.3. El llamado en garantía manifestó en esta oportunidad que no había actuado con dolo o culpa grave al momento de imponer la medida de aseguramiento en contra del demandante, sino que lo hizo con estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, por manera que no incurrió en irregularidad alguna que le fuera imputable¹⁶.

¹² Folios 392 a 394 del cuaderno 1.

¹³ Folio 425 del cuaderno 1.

¹⁴ Folios 369 a 390 del cuaderno 1.

¹⁵ Folios 431 a 433 y 435 a 443 del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 411 a 423 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

2.3.4. En esta oportunidad procesal, el Ministerio Público guardó silencio¹⁷.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia proferida el 31 de mayo de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda en la forma transcrita al inicio de esta sentencia.

Precisó el Tribunal de primera instancia que, de acuerdo con lo probado en el proceso, se acreditó que el señor José Didier Ospina Arango fue privado de su libertad por orden de la Fiscalía General de la Nación, desde el 19 de febrero de 1998 al 10 de noviembre de 1999, cuando el juez penal de conocimiento absolvió de responsabilidad al demandante por el delito de cohecho propio, dado que no cometió el referido delito, hecho que resultaba constitutivo de un daño antijurídico en perjuicio de los demandantes.

El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda frente a la Nación – Rama Judicial, toda vez que no intervino de forma alguna en la adopción de las decisiones que privaron de la libertad al señor Ospina Arango.

De otra parte, absolvió de responsabilidad patrimonial al llamado en garantía, señor Orlando Echeverry Salazar, toda vez que, en su calidad de fiscal de conocimiento, *“actuó en cumplimiento de su deber jurisdiccional y no se advierte dolo ni culpa grave o mala fe en su actuación”*.

Finalmente, el tribunal denegó los perjuicios solicitados para la señora Margarita Casas Aragón, quien acudió al proceso en calidad de compañera permanente del señor José Didier Ospina Arango, toda vez que no allegó prueba alguna que acreditara dicha calidad¹⁸.

¹⁷ Folio 391 del cuaderno 1.

¹⁸ Folios 462 a 491 del cuaderno del Consejo de Estado.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

4. El recurso de apelación

4.1. La Fiscalía General de la Nación insistió en que las actuaciones judiciales adoptadas dentro del proceso penal adelantado contra el demandante estuvieron ajustadas a las normas procesales y sustantivas vigentes en la materia, motivo por el cual no se configuró falla alguna de la Administración de Justicia que le fuera imputable; señaló, además, que para proferir una medida de aseguramiento no es necesario que existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción resulta necesario sólo para proferir sentencia condenatoria, por manera que la detención preventiva de la cual fue objeto la demandante no comportó el desconocimiento del ordenamiento jurídico entonces vigente y constituía una carga que el entonces sindicado debía soportar¹⁹.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. El recurso fue concedido el 26 de febrero de 2014 y admitido por esta Corporación mediante auto del 14 mayo de esa misma anualidad²⁰ y, a través de providencia del 16 de julio siguiente²¹, se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

5.2. En esta oportunidad procesal, la Fiscalía General de la Nación reiteró integralmente los argumentos expuestos a lo largo del trámite de la presente acción²².

5.3. En esta oportunidad, la parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio²³.

¹⁹ Folios 497 a 503 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ Folio 526 y 531 del cuaderno Consejo de Estado.

²¹ Folio 533 del cuaderno Consejo de Estado.

²² Folio 534 a 544 del cuaderno Consejo de Estado.

²³ Folio 557 del cuaderno Consejo de Estado.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A la Sala, a través del artículo 73 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el reglamento interno de esta Corporación, se le asignó el conocimiento en segunda instancia, sin consideración a la cuantía, de los procesos de reparación directa promovidos en vigencia del Decreto 01 de 1984, cuya causa *petendi* sea: i) el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia; ii) el error judicial o iii) la privación injusta de la libertad²⁴.

Dado que el recurso de apelación formulado por la parte demandada –Fiscalía General de la Nación- no cuestionó de forma alguna la decisión que negó la declaratoria de responsabilidad de la Rama Judicial y absolvió al llamado en garantía, la Sala se abstendrá de analizar dichos temas, pues ante el silencio de las partes, esos puntos del litigio quedaron fijados con la decisión que en ese sentido profirió el *a quo*.

Lo anterior no obsta para que la Sala, en uso de sus facultades oficiosas, analice lo relacionado con la oportunidad en el ejercicio de la acción y la legitimación en la causa de los demandantes.

3. Ejercicio oportuno de la acción

En relación con las acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado,

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad²⁵.

En el presente asunto, la parte actora pretende la indemnización de los perjuicios causados con la supuesta privación de la libertad a la que fue sometido el señor José Didier Ospina Arango, dentro de un proceso penal adelantado en su contra, el cual terminó con sentencia absolutoria proferida el 10 de noviembre de 1999 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali, la cual quedó ejecutoriada el **17 de agosto de 2000**, luego de que la Sala Penal del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca notificara la decisión que declaró desierto el recurso de apelación formulado por la Fiscalía de conocimiento²⁶.

Así las cosas, como la demanda por la privación injusta de la libertad se presentó el **9 de agosto de 2002**²⁷, se concluye que se interpuso dentro de los 2 años siguientes a la ejecutoria de la sentencia por medio de la cual se absolvió de responsabilidad al señor José Didier Ospina Arango.

4. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de junio de 2017, expediente 44784, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 42979, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47874, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 28 de septiembre de 2017, expediente 52.897 y sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 47.294.

²⁶ Artículo 179 Ley 600 de 2000. Folios 1 a 49 del cuaderno 9.

²⁷ Folio 224 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

Tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la de carácter material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

4.1. Legitimación en la causa de los demandantes

La Subsección encuentra probada la legitimación material en la causa del señor José Didier Ospina Arango, toda vez que en su contra se adelantó el proceso penal que dio origen a la presente controversia y, de manera consecuente, a él se le impuso la medida de aseguramiento objeto de la *litis*.

Asimismo, en cuanto a los señores Diana Carolina Ospina Casas, Didier Fabián Ospina Azcárate (hijos), Soledad Arango de Ospina (madre), María Dency y Humberto Ospina Arango (hermanos), la Sala observa que al proceso se allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento de cada uno de ellos²⁸, por tanto, la Sala concluye que está probada la legitimación en la causa por activa de los referidos demandantes.

De otra parte, en relación con la señora Margarita Casas Aragón, quien acudió al proceso en calidad de compañera permanente del señor José Didier Ospina Arango, se observa que en la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda a favor de esa demandante; sin embargo, como dicha decisión no fue recurrida por la parte actora, quedó en firme y, por ende, no es posible en esta oportunidad volver a debatir ese punto de la *litis*.

4.2. Legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Fiscalía General de la Nación

La Sala encuentra acreditado que, mediante resolución del 15 de enero de 1998, la Fiscalía 97 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra el señor

²⁸ Folios 11 a 16 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

José Didier Ospina Arango, por ser posible responsable del delito de cohecho propio²⁹, por lo cual se infiere que la Fiscalía General de la Nación tiene legitimación para actuar dentro del presente asunto.

5. Caso concreto

5.1. Hechos probados

En el presente asunto³⁰, se acreditó que al señor José Didier Ospina Arango se le vinculó a un proceso penal por el delito de cohecho propio, actuación de la que se destacan las siguientes piezas procesales:

- Resolución proferida el 4 de febrero de 1997 por la Fiscalía 97 Seccional de Cali, mediante la cual se resolvió la situación jurídica del señor José Didier Ospina Arango en el sentido de abstenerse de imponerle medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria. Como fundamento de esa decisión se manifestó, básicamente, lo siguiente (se transcribe literalmente, incluso los posibles errores):

“El proceso tuvo su origen en la denuncia que los vecinos del barrio Nueva Tequendama de Cali presentaron ante las autoridades correspondientes, mediante la cual manifestaron que en el seno del Club se habían presentado problemas de fraudes económicos, falsedades y delitos contra la administración pública, pues se le había entregado una cuantiosa suma de dinero a los concejales de Cali, para efectos de aprobar el proyecto que logrará desafectar como bien de uso público el terreno que usa en comodato el Club y así poder adquirirlo por parte del mismo. (...).

“La asamblea general de socios autorizó a la junta directiva para que dispusiera e invirtiera la suma de mil millones de pesos para efectos de adquirir por compra el terreno mencionado, una vez se desafectara como bien de uso público la mencionada zona verde.

“Una vez recibida la autorización por la asamblea, la junta directiva conformó un comité financiero encabezado por su presidente Emiliano Cuéllar Polanía, el cual gozaría de absoluta autonomía para negociar con el municipio la adquisición del lote de terreno mencionado. (...).

²⁹ Folios 170 a 213 del cuaderno 2.

³⁰ Con fundamento en los documentos aportados con la demanda (cuadernos 1 a 12) correspondientes al proceso penal adelantado en contra del señor José Didier Ospina Arango, los cuales en primera instancia fueron decretados como prueba por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

“En el proceso se demostró que el Presidente del Club, cuando se sintió acosado por los asambleístas manifestó que el dinero se había dado a los Concejales y eso era una verdadera inversión, que podían llamarlo ají o como fuera, pero en realidad con ello se garantizaba que el inmueble se desafectara y que se obtuviera un precio favorable. (...).

“Entonces es a partir de esos hechos debidamente demostrados que se puede inferir con certeza, mediante la prueba indirecta que el hecho que compromete a los concejales de la ciudad de Cali si existió. (...).

“Por lo pronto, este despacho se abstendrá de imponer medida de aseguramiento en contra de los miembros de la junta directiva indagados, pues es necesario conformar la prueba que permita hacer un juicio de reproche a dichos miembros, y una vez se tenga una prueba más consolidada se tomará la decisión que corresponda”³¹.

- Mediante resolución del 15 de enero de 1999, la Fiscalía 97 Seccional de Cali profirió resolución de acusación en contra del señor José Didier Ospina Arango, le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria y ordenó la suspensión de su cargo de concejal del municipio de Cali. Para adoptar dicha decisión se tuvieron en cuenta los siguientes argumentos (se transcribe literalmente, incluso los posibles errores):

“En el proceso se ha demostrado que los concejales utilizaban su investidura para disfrutar de los servicios del club, se les autorizó una credencial para que ingresaran, se realizaban en efecto eventos de tipo social con ellos. Incluso el señor Didier Ospina, quien manifestó que lo habían visto, pero no lo trataban en lo personal, le envió una carta solicitando que le diera empleo a uno de sus pupilos, justo después de la expedición del acuerdo. Si no conocía al señor Emiliano Cuéllar porque estaba éste comprometido a atender y contratar a su ‘especial recomendado’.

“Los concejales sí tenían una relación próxima con los directivos del Club, y con el presidente Emiliano Cuéllar, pues celebraban en su espacio las reuniones políticas y de proselitismo, éste además era uno o es contratista de la administración y sus vínculos son claros. (...).

“Con hechos debidamente probados en el proceso se infiere lógicamente que la COMISION DEL PLAN cuando aprobó el proyecto sin mayor esfuerzo lo hizo por el compromiso económico previamente adquirido, toda vez que habían vendido la función pública que constitucional y legamente se le asignó y ello constituye, para los efectos jurídicos penales el delito de COHECHO PROPIO.

“Cada uno de los procesados participo en la aprobación y votó en la Comisión del plan haciendo un ‘juicioso estudio’ sobre el tema, pues así

³¹ Folios 52 a 78 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

se especificó en la presentación del visto bueno cada que se iniciaba un debate en la plenaria. El hecho de prestar su consentimiento para dar su visto bueno y aceptar, mediante su voto que el proyecto siguiera a pesar de los inconvenientes en su aporte, que refleja al mismo tiempo el compromiso de cada uno adquirido con las directivas del club con la finalidad de conseguir el resultado que efecto se presentó.

“Así, el proceso esta preñado de indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes que edifican una prueba necesaria y suficiente sobre responsabilidad, como para proferir en contra de los procesados (...) JOSE DIDER OSPINA. (...) RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN como coautores del delito de COHECHO PROPIO”.

- La anterior decisión fue recurrida en reposición por la defensa del señor José Didier Ospina Arango, pero fue confirmada íntegramente por la misma fiscalía de conocimiento a través de resolución del 13 de abril de 1998³².

- Mediante sentencia del 10 de noviembre de 1999, proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali, se absolvió al señor José Didier Ospina Arango del delito de cohecho propio y se ordenó su libertad inmediata. Decisión que se apoyó en los siguientes fundamentos (se transcribe de forma literal, incluso los posibles errores):

"Recapitulando entonces este extenso análisis, tenemos que para Emiliano Cuéllar Polanía, se satisfacen las exigencias demandadas por el art. 247 del C. de P.P. para el proferimiento de sentencia condenatoria, por los injustos de HURTO AGRAVADO Y FALSEDAD EN documento privado, absolviéndole por el delito de COHECHO Por dar u ofrecer. Igual determinación habrá de tomarse en relación con los señores LUCY HERNÁNDEZ DE CAMPO y NESTOR JAIME FRANCO, éstos últimos por el atentado contra la fe pública, responsabilidad que se extrae en forma pura y simple, es decir, sin que tales comportamientos objeto de reproche se puedan ver legitimados, ni justificados del hecho, ni de inculpabilidad. (...).

*“En cuanto a los señores (...) **JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO**, (...), de igual forma habrá de declarárseles ajenos a los hechos que se les imputaron en la resolución de acusación, pues tal como quedó suficientemente explicitado, en últimas con relación al atentado contra la administración Pública, no pudo quedar otra opción, que la de acoger las juiciosas argumentaciones de los ilustres defensores **en el sentido de que todo se trató de un rumor, un comentario aislado, que ni siquiera logró comprometer al presunto autor de las frases alentadoras de estos bienes jurídicamente tutelados, y en esas condiciones, de conjeturas y especulaciones, no se puede soportar una decisión de condena**, aparte de que las demás consideraciones*

³² Folios 267 a 295 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

*excluyen la noción de que esa ilicitud se haya podido estructurar. De consiguiente se les absolverá como igualmente se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia. (...)*³³ (negritas adicionales).

- Finalmente, mediante providencia del 11 de agosto de 2000, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 97 Seccional de esa ciudad contra la anterior sentencia y, por ende, cobró ejecutoria³⁴.

5.2. Conclusiones probatorias y análisis de responsabilidad

5.2.1. Privación injusta de la libertad

Daño

El primer elemento que se debe analizar es la existencia del daño, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no hay lugar a declarar responsabilidad sin daño y solo ante su acreditación se puede explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado³⁵.

En las condiciones analizadas, la Sala encuentra probado que en contra del señor José Didier Ospina Arango se adelantó un proceso penal por el delito de cohecho propio, dentro del cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria y, por la que se le privó de su libertad, entre el 28 de febrero de 1998 y el 10 de noviembre de 1999.

Asimismo, se probó que, a través de sentencia de 10 de noviembre de 1999, proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali, se absolvió de responsabilidad penal al señor José Didier Ospina Arango por el delito de cohecho propio.

³³ Folios 1 a 274 del cuaderno 11.

³⁴ Folios 49 del cuaderno 9.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, MP. Enrique Gil Botero; de 6 de junio de 2012, exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre muchas otras.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

Imputación

Establecida la existencia del daño, es necesario verificar si este es imputable o no a la entidad demandada.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 2006³⁶, analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, consideró:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”.

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

³⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

Por último, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 de 2018³⁷, señaló que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será el que, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional indicó:

“Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

“(…)

*“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (se destaca).*

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Para el caso concreto, a partir del material probatorio allegado al proceso, la Sala encuentra acreditado que el señor José Didier Ospina Arango fue vinculado a un proceso penal y privado de su libertad, sindicado de ser responsable del delito de cohecho propio, toda vez que, en su calidad de concejal del municipio de Cali, habría recibido dinero del gerente del Club Tequendama de Cali, a cambio de aprobar un acuerdo municipal, que tenía como finalidad enajenar un lote de terreno a favor de ese club social; sin embargo, el juzgador penal lo absolvió de responsabilidad por ese delito y dispuso su libertad inmediata, luego de concluir que no existían pruebas de la existencia del delito, ni mucho menos de la responsabilidad del procesado.

Ahora bien, del análisis de la providencia que vinculó al procesado y le impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de carácter domiciliario, se advierten imprecisiones por parte de la Fiscalía, pues, en palabras del propio juez penal de conocimiento, **“... todo se trató de un rumor, un comentario aislado, que ni siquiera logró comprometer al presunto autor de las frases alentadoras de estos bienes jurídicamente tutelados”**.

Ciertamente, el juez penal que absolvió de responsabilidad penal al señor Ospina Arango señaló que el único responsable de la pérdida del dinero de los asociados del Club Tequendama era su presidente, señor Emiliano Cuéllar Polanía, a quien lo declaró responsable de los delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado y lo absolvió del delito de cohecho por dar u ofrecer, al concluir que ese último delito no se configuró, pues no se probó que hubiera dado ni ofrecido dinero a los concejales del municipio de Cali a cambio de la aprobación de un acuerdo municipal.

Así pues, la resolución que impuso medida de aseguramiento en contra del demandante se basó, por una parte, en rumores elaborados por el mismo gerente del club Tequendama, quien manifestó haber dado “ají” a los concejales para que aprobaran el aludido acuerdo, a fin de adquirir el lote de terreno ocupado por ese



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

club social y en el hecho de que el señor Ospina Arango conocía de trato al referido gerente del club, puesto que visitó ese club en varias ocasiones y había recomendado una persona para que trabajara en ese lugar; sin embargo, tales “indicios”, fueron desvirtuados completamente por el juez de conocimiento, quien los calificó de “*simple rumor y comentario aislado*”.

Así las cosas, es claro el yerro de apreciación probatoria en que incurrió el fiscal que impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

De conformidad con lo expuesto, la Sala advierte la configuración de una falla en el servicio de la Administración de Justicia, en cabeza de la Nación - Fiscalía General de la Nación, la cual impone la necesidad de elaborar un juicio de reproche sobre su actuación³⁸.

En términos del artículo 284 de la Ley 600 de 2000, todo indicio supone un hecho indicador, debidamente probado, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro, supuesto que no se encuentra acreditado en el *sub lite*, dado que no se aportaron pruebas de las cuales fuera posible deducir la responsabilidad penal del señor José Didier Ospina Arango, por las razones expuestas en precedencia.

En este orden de ideas, es claro que el fiscal que impuso la medida de aseguramiento contra el demandante infringió sus deberes funcionales en el ejercicio de la acción penal, porque, se insiste, no examinó con el debido rigor las piezas procesales obrantes en el expediente, ni ordenó otras adicionales para

³⁸ En este sentido la Sección se pronunció en sentencia del 23 de agosto de 2010, radicación: 40060, C.P. Enrique Gil Botero, en los siguientes términos: “*No obstante, en aquellos eventos en que pese a configurarse la causal de absolución penal permitiera enmarcar el estudio de la responsabilidad patrimonial bajo un régimen de carácter objetivo pero en el proceso contencioso administrativo quedó acreditada la existencia de una falla del servicio, se impone la declaratoria de la misma en aras de emitir un juicio de reproche y, de paso, permitir a la administración que, identificada la irregularidad cometida, analice la conveniencia de iniciar la acción de repetición contra los funcionarios que dieron origen a la condena pecuniaria.*

“*No significa lo anterior que la Sala esté fijando un régimen subjetivo de responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad sino que, se insiste, la perspectiva objetiva o subjetiva (culpabilística) dependerá en cada caso concreto de los motivos de absolución o preclusión criminal; sin embargo, cuando la falla del servicio sea evidente y palmaria en el proceso contencioso será imprescindible advertir su existencia y, por lo tanto, acoger la responsabilidad sin ambages por esa circunstancia (...)*”.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

establecer la existencia del delito y la responsabilidad del denunciado, de forma previa a imponer la medida restrictiva de su libertad.

Tampoco se cuenta con elementos de juicio para establecer que el daño causado al demandante **provenga de manera exclusiva y determinante** de la conducta de un tercero, pues, reitera la Sala, el fiscal que impuso la medida de aseguramiento tenía no solo la facultad, sino el deber de valorar y analizar las pruebas allegadas al proceso con miras a establecer la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal del procesado.

Por las razones expuestas, se desestimaré el recurso de apelación formulado por la Nación – Fiscalía General de la Nación, entidad que deberá responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes.

5.3. Indemnización de perjuicios morales a favor de los demandantes por la privación injusta de la libertad de José Didier Ospina Arango.

El Tribunal Administrativo de primera instancia condenó a la Fiscalía General de la Nación a pagar 60 SMLMV para el señor José Didier Ospina Arango, 30 SMLMV para su madre Soledad Arango de Ospina y para sus hijos Diana Carolina Ospina Casas y Didier Fabián Ospina Azcárate y 20 SMLMV para los señores María Dency y Javier Humberto Ospina Arango.

En relación con la tasación de perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, siguiendo lo reiterado por esta Corporación, se tiene que es con apoyo en las máximas de la experiencia que hay lugar a inferir que esa situación le generó dolor moral, angustia y aflicción a la persona que, por esa circunstancia, vio afectada o limitada su libertad; perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos, quienes se afectan por la situación de tristeza y zozobra por la que atravesó su familiar.

Frente a la acreditación de dicho perjuicio, en el *sub lite* se tiene que el señor José Didier Ospina Arango estuvo privado de su libertad, bajo la modalidad de detención domiciliaria, desde el 28 de febrero de 1998 al 10 de noviembre de



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
 Actor: José Didier Ospina Arango y otros
 Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
 Referencia: Reparación directa

1999, lo cual basta para inferir la afectación moral de la víctima y de sus familiares cercanos; asimismo, respecto del *quantum* indemnizatorio, se ha establecido que el juez, según su prudente juicio, analizará las particularidades de cada caso en concreto, pudiendo acudir como guía de la tasación del mismo a los criterios de unificación contenidos en la sentencia del 28 de agosto de 2014, los cuales, se resumen en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

En el presente caso, la Sala encuentra demostrado que el señor José Didier Ospina Arango estuvo detenido durante 1 año 8 mes y 12 días, razón por la cual, el monto que reconoció el Tribunal *a quo* a su favor hubiera podido ser mayor (70 SMLMV³⁹), pero habida cuenta de que únicamente apeló la condena la parte demandada –Fiscalía General de la Nación-, en garantía del principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, no resulta procedente proceder a incrementar el valor de la condena en contra del apelante único, razón por la cual la Sala mantendrá la condena impuesta en primera instancia, por este concepto.

³⁹ La jurisprudencia de esta Subsección ha manifestado que, con el fin de calcular el monto indemnizatorio por perjuicios morales, se debe tener en cuenta qué tipo de medida afectó a la víctima, esto es, si se trató de una privación de la libertad en establecimiento carcelario, detención domiciliaria o si se le impuso una privación jurídica de la misma, pues la indemnización a reconocer frente a una persona que ha sufrido la restricción de su libertad en establecimiento carcelario no será la misma que se le deba reconocer a quien, pese a padecer una restricción de su libertad, no la soportó allí; así, en los casos en que dicha medida se cumple en un centro carcelario, la indemnización será del 100%, mientras que, en los casos en que la privación de la libertad se cumple en el domicilio, el monto a indemnizar debe reducirse en un 30%. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias de 1 de agosto de 2016, expediente 39.747, y del 10 de mayo de 2018, expediente 44.344, ambas con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

5.4. Perjuicios materiales

Daño emergente

En la demanda se solicitó por este rubro la suma de \$25'000.000, derivados de los honorarios profesionales pagados a los profesionales del Derecho que tramitaron su defensa en el proceso penal; el Tribunal de primera instancia accedió a la suma de \$41'361.715 por dicho concepto.

En relación con los parámetros para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio material, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019⁴⁰, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que ese rubro se reconocerá siempre que se cumpla de forma concurrente con cada uno de los siguientes requisitos, a saber:

“Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales:

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

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

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

iv) La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores” (negrilla del texto original).

Para acreditar tal perjuicio, se aportaron al proceso dos constancias emitidas por los apoderados que asumieron la defensa del señor José Didier Ospina Arango dentro del proceso penal adelantado en su contra, en las cuales se afirmó que

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

recibieron las sumas de \$10'000.000 y \$25'000.000, respectivamente, por concepto de honorarios profesionales⁴¹.

Sin embargo, de conformidad con la sentencia de unificación antes mencionada, la Sala negará el perjuicio material solicitado, pues, a pesar de que se probó que los referidos abogados efectuaron la defensa del señor José Didier Ospina Arango dentro del proceso penal, lo cierto es que no se aportaron las facturas o documentos equivalentes expedidos por los referidos profesionales del derecho ni la prueba efectiva de su pago.

Así las cosas, la Sala revocará en este punto la decisión del *a quo* y, en su lugar, negará la indemnización de perjuicios por daño emergente.

Lucro cesante

De conformidad con la jurisprudencia reiterada⁴² y unificada⁴³ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

En relación con los parámetros para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio material, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019⁴⁴, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de**

⁴¹ Folios 18 a 19 del cuaderno 1.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), radicación: 36.149.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante.

“1.1. Parámetros para liquidar el lucro cesante:

“2.2.1 Período indemnizable

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

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

“2.2.2 Ingreso base de liquidación

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

“Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: ‘Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, **o el correspondiente pago**, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión’ (negrillas de la Sala).

“**El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado** y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas⁴⁵, las facturas de venta, las cuales tendrán valor

⁴⁵ Original de la cita: “**ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA.** Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario⁴⁶, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

“2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

“Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales⁴⁷, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención**, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada⁴⁸.

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

Para el caso *sub examine*, la Sala observa que el señor José Didier Ospina Arango solicitó el pago de \$26'865.650, derivados de los salarios dejados de percibir como concejal del municipio de Cali entre el 28 de febrero de 1998 y el 10 de noviembre de 1999, esto es, 1 año, 8 meses y 12 días.

El tribunal de primera instancia accedió al reconocimiento de \$53'769.206, por concepto de lucro cesante y lo hizo con base en la certificación expedida por la

contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. // Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta”.

⁴⁶ Original de la cita: “Ver la cita 60 de la página 31”.

⁴⁷ Original de la cita: “**De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral**”.

⁴⁸ Original de la cita: “**La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:**

‘En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino **la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales**; a contrario sensu, **en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales**, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente’.”.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

tesorera del Concejo municipal de Cali, en la cual consta que el señor José Didier Ospina Arango “dejó de percibir por honorarios de concejal en dicho período (28 de febrero de 1998 al 10 de noviembre de 1999) la suma de \$26’865.650”⁴⁹, por lo cual procedió a actualizar dicha suma de dinero desde la fecha en que recobró su libertad hasta la fecha de la sentencia de primera instancia -31 de mayo de 2013- (\$53’769.206).

Adicionalmente, el señor José Didier Ospina no obtuvo el reembolso de sus honorarios como concejal luego de que se hubiera levantado la suspensión de su cargo, dado que, esa curul fue ocupada por la persona que ocupó el segundo renglón en la elección.

La Sala comparte dicho reconocimiento de perjuicios por lucro cesante realizado por el *a quo*, puesto que se encuentra acreditada la actividad productiva desarrollada por el demandante como concejal del municipio de Cali, así como el monto mensual de sus ingresos, por lo que se actualizará la suma reconocida en primera instancia.

Adicionalmente, se advierte que no se incrementará el monto equivalente a 25% por concepto de prestaciones sociales, toda vez que no fue solicitado en la demanda. Entonces:

RA=\$53’769.206	-----	Ind. final–enero 2020 (104.24) –último conocido-
		Ind. inicial–mayo 2013 (79.21) –fecha sentencia primera instancia -

Ra = \$70’760.030

Total perjuicios lucro cesante: setenta millones setecientos sesenta mil treinta pesos (\$70’760.030).

⁴⁹ Folio 20 del cuaderno 1.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

6. Condena en costas

Como no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

MODIFICAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 31 de mayo de 2013, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados a los demandantes, por la privación injusta de la libertad que sufrió el señor JOSÉ DIDIER OSPINA ARANGO, dentro de un proceso penal adelantado en su contra.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a indemnizar a las siguientes personas, en las siguientes sumas:

Por concepto de perjuicios morales: 60 SMLMV para el señor José Didier Ospina Arango (víctima directa), 30 SMLMV para su madre Soledad Arango de Ospina, para sus hijos Diana Carolina Ospina Casas y Didier Fabián Ospina Azcárate y, 20 SMLMV para sus hermanos, señores María Dency y Javier Humberto Ospina Arango.



Radicación: 760012331000200203243 01 (50.737)
Actor: José Didier Ospina Arango y otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otro
Referencia: Reparación directa

Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante: para el señor José Didier Ospina Arango, la suma de setenta millones setecientos sesenta mil treinta pesos (\$70'760.030).

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, para su cumplimiento. Expídanse a la parte actora las copias auténticas, con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/valididad> or.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO