



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, treinta (30) de marzo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 072

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante	Jorge Enrique Montero Rayos y Otros
Demandado	Nación – Fiscalía General de la nación
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 1º del Acuerdo No. PCSJA18-10913 de 20 de marzo de 2018, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Súrtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso instaurado en ejercicio de reparación directa, por Jorge Enrique Montero Rayos y Otros.

II.- ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor Jorge Enrique Montero Rayos y *Jorge Enrique Montero Rayo, su esposa Beatriz Ruiz de Montero, sus hijos María Fernanda Montero Ruiz, Anthony Montero Ruiz y Oliver Montero Ruiz* a través de apoderado judicial, instauraron demanda de reparación directa, en contra de La Nación – Fiscalía General, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

PRIMERO: *La Nación Fiscalía General es administrativamente responsable de los hechos dañinos, las acciones y omisiones que ocasionaron perjuicios materiales, morales y por daño a la vida en relación, al señor Jorge Enrique Montero, como consecuencia de la detención preventiva injusta lo cual implicó orden de captura injusta y resolución de acusación infundada circunstancias de hecho de las cuales fue objeto el actor en el transcurso de la investigación radicada bajo el número 578-1659 en la Fiscalía Decima de la Unidad de Extinción de Dominio contra el lavado de activos que actualmente cursa bajo el número 2008-00050 del Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Santiago de Cali*

SEGUNDO: *condenar en consecuencia a la Nación fiscalía general de la nación a pagar los actores o a quienes presenten a los actores, o a quienes representen sus derechos, como reparación o indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material objetivados y subjetivos, actuales y futuros, conforme a lo que resulte probado dentro del proceso*

TERCERO: *perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) consolidados a la fecha de la demanda para el señor Jorge Enrique Montero Rayo en su condición de actor principal, un valor total de: treinta millones doscientos treinta y cinco mil quinientos ochenta y siete pesos M/L (30.235.587) suma que deberá actualizarse a la fecha en la cual quede ejecutoriado el fallo y que resulta de las siguientes liquidaciones*

CUARTO: *daño emergente: por concepto de gastos realizados en relación con la defensa del proceso penal al cual fue vinculado injustamente, la suma que precisa al momento de presentación de la demanda en veinticinco millones de pesos (25.000.000) o lo que resulte probado por concepto suma que deberá indexarse utilizando la formula jurisprudencial aceptada.*

QUINTO: *como consecuencia de los hechos dañinos ocasionados a los demandantes, condenar a la Nación Fiscalía General de la Nación a pagar a todos los actores, (Jorge Enrique Montero Rayo, su esposa Beatriz Ruiz de Montero, sus hijos María Fernanda Montero Ruiz, Anthony Montero Ruiz y Oliver Montero Ruiz) los perjuicios materiales que con carácter de lucro*

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

cesante y daño emergente adicionalmente resulten probados en el transcurso del proceso.

SEXTO: *Como consecuencia de la responsabilidad en los hechos dañinos ocasionados a los demandantes condenar a la Nación – Fiscalía General a pagar a los actores o a quienes representen sus derechos como reparación o indemnización del daño ocasionado, lo que corresponde por concepto de perjuicios de orden moral.*

Perjuicios que se deben a cada uno de los actores, o a quienes representen sus derechos en el momento del fallo, en una cantidad de dinero liquidable en salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha en que se realice efectivamente el pago atendiendo las últimas determinaciones jurisprudenciales. Estos perjuicios se generaron con ocasión de privación injusta de la libertad de la cual que fue víctima el señor Jorge Enrique Montero Rayo, afectándolo a él y a su familia hasta el final de sus días y se pagarán así:

Perjuicios morales para Jorge Enrique Montero Rayos: seiscientos (600) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoriada la sentencia. Aplicado el factor de conversión vigente a la fecha de presentación de la demanda equivalen a: \$309.000.000.

Perjuicios morales para la señora Beatriz Ruiz de Montero: trescientos salarios mínimos legales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Aplicado el factor de conversión vigente a la fecha de presentación de la demanda equivalen a: 154.500.000.

Perjuicios morales para su hija María Fernanda Montero Ruiz doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoriada la sentencia. Aplicado al factor de conversión vigente a la fecha de presentación de la demanda equivalen a: \$103.000.000.

Perjuicios morales para su hijo Anthony Montero Ruiz doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoriada la sentencia.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Aplicado al factor de conversión vigente a la fecha de presentación de la demanda equivalen a: \$103.000.000.

Perjuicios morales para su hijo Oliver Montero Ruiz doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutoriada la sentencia. Aplicado al factor de conversión vigente a la fecha de presentación de la demanda equivalen a: \$103.000.000.

Como consecuencia de la responsabilidad en los hechos dañinos ocasionados a los demandantes condenar a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar a los actores lo que corresponde por concepto de perjuicios inmateriales por daño a la vida de relación.

Condenar al ente demandado para efectos de cubrir otros aspectos a título de reparación integral a la publicación, en medio escrito de circulación nacional de la parte considerativa de la providencia

SÉPTIMO: Resumen de pretensiones para todas las partes:

Demandante	Vr. pesos emergente y cesante	Vr. Pesos perjuicios morales	Vr. Pesos perjuicios: Daño Vida Rel.	Vr pesos indemnización integral	Total Vr. En pesos
Jorge E. Montero	\$30.235.587	\$309.000.000	\$309.000.000.	0	\$648.235.587.
Beatriz Ruiz de Montero	Lo que resulte probado	\$154.500.000	\$154.500.000	0	\$309.000.000
María F. Montero Ruiz	Lo que resulte probado	\$103.000.000	\$103.000.000	0	\$206.000.000
Anthony Montero Ruiz	Lo que resulte probado	\$103.000.000	\$103.000.000	0	\$206.000.000
Oliver Montero Ruiz	Lo que resulte probado	\$103.000.000	\$103.000.000	0	\$206.000.000
TOTAL	\$30.235.587 Lo que resulte probado	\$772.500.000	\$772.500.000	0	\$1.575.235.578

La condena respectiva será actualizada al momento en que se realice el pago de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C. C. A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso. De conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, todo pago se imputará primero a intereses.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- HECHOS

Manifiestan, que el Sr. Jorge Enrique Montero Rayo, nació el 15 de marzo de 1947 en el seno de una familia honorable que le infundió principios de honradez y respeto; testimonio de ello, es su conducta intachable en el contexto social y familiar como un excelente hijo, hermano, padre de familia y amigo y en el contexto profesional como un comerciante honesto, confiable y leal.

Señalan que, el día 10 de octubre de 1970, el señor Jorge Enrique Montero Rayo contrajo matrimonio con quien es hoy su esposa la señora Beatriz Ruiz de Montero. Son 3 los hijos de la pareja: Anthony Montero Ruiz, María Fernanda Montero Ruiz y Oliver Montero Ruiz.

La parte demandante Indica, que la familia Montero Ruiz fundamentada en el amor, la unión, el compañerismo y la solidaridad se constituye como una célula social en la cual todos sufren por igual a la afectación que suceda de alguno de sus miembros y con mayor razón cuando la víctima directa es el líder natural del grupo, el señor Jorge Enrique Montero.

Que el 18 de mayo de 2006, la Fiscalía décima de la Unidad Nacional para la Extinción de Dominio y contra el lavado de activos, en el transcurso de la investigación con número de radicación 578-1659 L. A, haciendo caso omiso a los descargos rendidos en indagatoria, sindicándole del delito de lavado de activos, resolvió la situación jurídica del señor Jorge Enrique Montero Rayo, ordenando imponer medida de aseguramiento de detención preventiva a cumplir en el establecimiento carcelario de Villahermosa en la ciudad de Cali; medida de aseguramiento para la cual no se tuvo en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, mediante la cual se condicionó la declaratoria de constitucionalidad de los artículos 397 del decreto Ley 2700 de 1991 y 357 de la Ley 2000.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Es decir que el contenido de la decisión que ordenó la detención preventiva, no expone de manera razonada las circunstancias de hecho por las cuales el fiscal infiere la necesidad de la medida de detención preventiva. Lo que permitiría inferir que no se trataba de un delincuente que emprendería la fuga o continuaría delinquiendo y tampoco se trataba de una persona con capacidad para destruir documentación que reposaba en los bancos y en la Fiscalía.

Relatan también, que el día 29 de junio de 2006, previa solicitud de su abogado defensor, la Fiscalía Decima de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el lavado de activos, aceptó cambiar el lugar de la medida de aseguramiento, ordenando detención domiciliaria al señor Jorge Enrique Montero Rayo, la cual se cumplió en su residencia ubicada en la ciudad de Cali, hasta la fecha en que se ordenó su libertad en el año 2008.

Que el 25 de abril de 2007, la Fiscalía Décima Especializada de la Unidad Nacional para la extinción del Derecho de Dominio y contra el lavado de activos, profirió resolución de acusación contra el señor Jorge Enrique Montes Rayo como coautor del delito de lavado de activos que contempla el artículo 247A de la Ley 635 de 1997, sin levantar la medida de detención domiciliaria. Lo cual acentuaba el temor, rabia y angustia que le generaba la situación desde el primer día en que fue privado de la libertad.

Indica que el 24 de junio de 2008, la Unidad Delegada ante el Tribunal de Distrito para la Extinción del derecho de Dominio y contra el lavado de activos, resolvió revocar la resolución de acusación en contra del señor Jorge Enrique Montero Rayo, puesto que no existía prueba suficiente para quebrantar la presunción de inocencia y dar por demostrados los hechos en razón de los cuales se ordenó la detención preventiva y la presunta responsabilidad del procesado.

En consecuencia, se ordenó la libertad inmediata del señor Jorge Enrique Montero Rayo, quien para esta fecha había sido sujeto de dos años, un mes y veinte días de privación injusta de la libertad. O sea, setecientos sesenta y ocho días (768) durante los cuales le fue violentado el sagrado derecho a la libertad.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
 Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
 Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
 Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El siguiente es el cronograma de la privación injusta de la libertad sufrida por el señor Jorge Enrique Montero Rayo.

MES Y AÑO	DIAS	TOTAL A LA FECHA
Mayo 2006	13	13
Junio 2006	30	43
Agosto 2006	31	74
Septiembre 2006	30	135
Octubre 2006	31	166
Noviembre 2006	30	196
Diciembre 2006	31	227
Enero 2007	31	258
Febrero 2007	28	286
Marzo 2007	31	317
Abril 2007	30	347
Mayo 2007	31	378
Junio 2007	30	408
Julio 2007	31	439
Agosto 2007	31	470
Septiembre 2007	30	500
Octubre 2007	31	531
Noviembre 2007	30	561
Diciembre 2007	31	592
Enero 2008	31	632
Febrero 2008	29	652
Marzo 2008	31	683
Abril 2008	30	713
Mayo 2008	31	744
Junio 2008	24	768

Arguye, que, desde el 18 de mayo de 2006, fecha en que fue reducido a encarcelación el señor Jorge Enrique Montero Rayo, y hasta hoy, él, su esposa Beatriz Ruiz de Montero y sus hijos Anthony Montero Ruiz, María Fernanda Montero Ruiz y Oliver Montero Ruiz, han sufrido alteración de sus circunstancias de vida personal, social y profesional. La privación injusta de la libertad del padre cabeza de hogar frustró las vacaciones familiares que se acostumbran con

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

regularidad, excluyó a su padre de fiestas y ceremonias académicas en las que era de vital importancia su asistencia como cabeza de hogar.

Para finalizar advierte, que la Fiscalía General de la Nación no se ha ocupado de hacer el mismo despliegue informativo equivalente al realizado en el 2006 para comunicar a la sociedad que en relación con el señor Jorge Enrique Montero Rayo no se encontraron pruebas para quebrantar la presunción de inocencia que le ampara ni para dar por demostrados los hechos en razón de los cuales se ordenó la detención preventiva. Su inocencia no se ha pregonado con la misma intensidad que se hizo con su presunta culpabilidad, circunstancia de carácter extrapatrimonial que exige resarcirse a título de reparación integral.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte actora señala las siguientes:

- Constitucionales, Artículos: 2, 9, 13, 29 y 90.
- Artículo 9 de la Declaración de Derechos Humanos.
- Artículos: 65 a 74 de la Ley 270 de 1996.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-774 del 25 de julio de 2001
- Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996

Y jurisprudenciales del H. Consejo de Estado sobre la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Normas y precedentes jurisprudenciales que permiten responder el problema jurídico.

- CONTESTACIÓN

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda en los siguientes términos¹:

¹ Ver folios 436-440 cdno. 1A

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Frente a los hechos de la demanda se atiende a lo que resulte probado dentro del proceso siempre y cuando guarden relación con las pretensiones del libelo introductorio.

Sobre las pretensiones de la demanda se opone a cada una de ellas, solicitando se nieguen las declaraciones y condenas en contra de la Fiscalía General de la Nación, por absoluta carencia de asidero jurídico por las razones que a continuación se relacionan:

"...de los hechos narrados en la demanda a descorrer, no se puede deducir responsabilidad del Estado, ni mucho menos de la Fiscalía General de la Nación, ya sea por falla del servicio o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Si se examina con detenimiento todo el acervo probatorio arrojado a la foliatura, vale decir las resoluciones interlocutorias proferidas por la Fiscalía, podrá darse cuenta que existían razones y mérito para haberse dictado las medidas de aseguramiento que en su momento se dictaron.

Es más, los supuestos esenciales del libelo demandatorio no permiten estructurar una responsabilidad administrativa patrimonial e indemnizatoria en cabeza de la entidad demandada, pues no existe causal constitutiva de falta o falla en el servicio, en razón de faltar uno de los presupuestos básicos para declararla responsable y al no existir nexo causal, como ya se está explicando, demostrando y comprobando en el desarrollo del presente proceso contencioso, no es viable ni ajustado a derecho, endilgarle responsabilidades.

Propone como excepciones, las denominadas:

La falta de causa para demandar, toda vez que la imposición de la medida se sujetó a los requisitos exigidos por la normatividad procedimental penal, no existiendo irregularidad en la medida dictada.

E Innomiada, fundamentándose en todos los hechos exceptivos que, demostrados en el proceso, sean favorables a la parte demandada.

660

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora a través de apoderado judicial, al presentar sus alegatos de conclusión², se reafirma en los argumentos expuestos en su demanda y solicita que se concedan todas las pretensiones de la demanda, pues están debidamente comprobados los daños tanto materiales, morales y la vida de relación de los demandantes, así como la relación causal entre estos y la privación injusta de la libertad a que la Fiscalía General de la Nación sometió al señor Jorge Enrique Montero Rayo.

Que tal como se precisa en los hechos de la demanda, la Fiscalía Décima Especializada de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos de Bogotá, incurrió en acciones y omisiones de carácter injusto, que generaron un daño antijurídico que las partes no estaban obligadas a resistir.

Así entonces, que en el caso que nos ocupa, la medida de detención no estuvo fundamentada en indicios serios que dieran satisfacción a los requisitos del ordenamiento, ni estaba llamada a cumplir ninguno de los fines previstos normativamente, por lo cual era innecesaria y consecuentemente injusta.

Señala que en este caso se tuvo en cuenta conjeturas para sustentar la responsabilidad en la conducta investigada y que no existe en la foliatura del proceso penal elemento alguno que permitiera suponer, fundadamente que el señor Jorge Enrique Montero Rayo intentaba evadir la acción de la justicia o que iba a huir, o que iba a sustraerse a la comparecencia al proceso, tal como se precisa en los hechos de la demanda, tampoco tenía acceso a las pruebas recaudadas o

² Ver folios 487-495 del cdno. 1A

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

pendientes de aportarse al proceso para adulterarlas y menos puede asegurarse que estaba en capacidad de atentar contra la comunidad, lo cual solo fue una manera subjetiva y caprichosa de interpretar los hechos.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada inicialmente ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Valle del Cauca.

Posteriormente, mediante auto N.º 361 de fecha 27 de septiembre de 2010 se ordenó admitir la demanda.³

Mediante auto de fecha 19 de septiembre de 2011 se abre a prueba el proceso de la referencia.⁴

Por medio de proveído Nº 555 de fecha 29 de julio de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle de Cauca, cerró el periodo probatorio y corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión.⁵

De conformidad con lo dispuesto por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, el expediente fue remitido a este Tribunal para emitir el correspondiente fallo.⁶

Mediante auto N.º 158 de fecha 02 de julio de 2019, esta Corporación avocó conocimiento del presente proceso.⁷

IV.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

³ Ver folio 932 (Cdno 1A)

⁴ Ver folio 447 (Cdno 1A)

⁵ Ver folio 1486 (Cdno 1A)

⁶ Ver folio 646 (Cdno 1A)

⁷ Ver folio 648 (Cdno 1A)

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Conforme lo establece el numeral 6º del art. 132 del C.C.A., los Tribunales Administrativos son competentes para conocer en primera instancia, de los asuntos de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 1º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Legitimación en la causa

- Por Activa

La legitimación material por activa, constituye un presupuesto de la sentencia favorable, referido a la relación sustancial que debe existir entre el demandante y el demandado, y el interés perseguido en el juicio. La falta de dicho presupuesto conduce obligatoriamente a una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

El artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración de su real interés, porque éste es objeto de probanza en juicio.

Como puede verse, la legitimación por activa en la acción de reparación directa aparece en la persona por el sólo hecho de creerse lesionada, por lo cual podría afirmarse que, *prima facie*, en el presente caso, el señor Jorge Enrique Montero Rayo, (directo afectado) su esposa Beatriz Ruiz de Montero, sus hijos María Fernanda Montero Ruiz, Anthony Montero Ruiz y Oliver Montero Ruiz, se encuentran legitimados por activa en tanto, consideran que la demandada les ocasionó un daño indemnizable.

- Por Pasiva

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En segundo lugar, fue citada como demandada a la Nación- Fiscalía General, que, como extremo procesal pasivo, se encuentra legitimada de hecho en la causa por pasiva, dado que se le hacen imputaciones de responsabilidad por daños ocasionados en virtud de la supuesta falla en el servicio por privación injusta de la libertad.

- CADUCIDAD

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad para aquellos eventos en los cuales determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal⁸ de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción que se da con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001. Tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

Así pues, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 136⁹, numeral 8°, dispone frente al término para intentar la acción de reparación directa lo siguiente:

⁸ De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núm. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: "carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables." Ídem pág. 406.

⁹ Modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa” (Negrillas adicionales).

De esa manera, la ley consagra entonces un término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar la acción de reparación directa, período que, una vez vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por configurarse el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.

En el caso que ocupa la atención de este Tribunal, se observa que el hecho que dio lugar a la demanda y que constituyen el origen del daño, es la medida de detención consistente en privación de la libertad durante el tiempo comprendido entre el 04 de mayo de 2006 hasta el 24 de junio del 2008.

Sin embargo, para efectos de verificar el término de caducidad, observa la Sala que la providencia mediante la cual el señor JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO, fue dejado en libertad tras la revocatoria de la Resolución de acusación e imposición de medida de aseguramiento en su contra, fue emitida por el ente acusador en fecha 24 de junio de 2008 y la demanda se presentó el 11 de agosto de 2010.

Según Acta No. 193 del 11 de agosto de 2010, fue celebrada la diligencia de conciliación extrajudicial solicitada el 21 de junio de 2010, en la Procuraduría Judicial 166 delegado ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. (ver folios 388-392 cdno. ppal. del expediente)

En este orden de ideas el término de la caducidad fue interrumpido en este caso, desde el día 21 de junio de 2010, hasta el día 11 del mes de agosto de la misma anualidad, lo que equivale a un (01) mes y 20 días.

Sn mayores esfuerzos se concluye que la demanda fue presentada de manera oportuna.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- PROBLEMA JURIDICO

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada está llamada a responder administrativa y patrimonialmente por el supuesto daño antijurídico causado al demandante JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO y a su núcleo familiar, por la privación de la libertad a la cual fue sometido.

- TESIS

Desde ya, la Sala anuncia que accederá a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar responsable administrativa y patrimonialmente a la entidad demandada por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, en razón de la privación de la libertad del señor Jorge Enrique Montero Rayo que según las pruebas que más adelante se analizan, resultó ser injusta.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta norma, que se erige como el punto de partida en la estructura de la responsabilidad estatal en Colombia, afianza sus raíces en los pilares fundamentales de la conformación del Estado Colombiano, contenidos en el artículo 1 superior, a saber, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El Consejo de Estado ha considerado que la responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de dicha corporación.¹⁰

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son, esencialmente, el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el

¹⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”¹¹.*

Régimen de Responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad- Línea jurisprudencial

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 prevé, que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha tenido varias líneas jurisprudenciales, una primera, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el **error judicial**, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados. Posteriormente indica, que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

¹¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Una segunda línea señala, que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.-*absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-*, la responsabilidad es **objetiva**, por lo cual consideró que en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter injusto sino injustificado de la detención.

La tercera tendencia jurisprudencial, señala que el **criterio absoluto** conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, y asimismo, amplía en casos concretos el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P., a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*.

En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, la Sección Tercera mediante sentencia de fecha 15 de agosto de 2018, modificó su jurisprudencia en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y unificó criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) *Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;*
- 2) *Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,*
- 3) *Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.*

En virtud del principio *iuranovit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que,

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

En otras palabras, en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, el Órgano de Cierre entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida "injustamente" (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Ahora, si el daño es causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el Estado queda exonerado de responsabilidad.

También ha precisado la Sección que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en casos de privación de la libertad, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.

Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que rige, hoy por hoy, en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con especial énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354).

Sin embargo, con la sentencia de unificación arriba citada la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, consideró pertinente apartarse de la tesis

659

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

Bajo la óptica de la posición jurisprudencial anterior, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es *per se* antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en el criterio unificado del órgano de cierre, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

Acogiéndose a la jurisprudencia unificada recientemente, esta Sala estima que cada caso implica un análisis de los presupuestos fácticos en que se dieron las actuaciones al interior del procedimiento penal, específicamente la orden de

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

captura, la imposición de medida de aseguramiento y la condena, para concluir si el actor estuvo o no en la obligación de soportar "*la privación de la libertad*", por existir indicios que comprometieran su participación en la comisión del delito.

Así se puede analizar si el demandante actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil).

Sin embargo, en el presente caso, considera este Tribunal pertinente, aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, pues la sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado, para la época de los hechos y la presentación de la demanda, aún no había sido proferida y en este sentido, resulta desfavorable al demandante, pues bajo el criterio actual eventualmente sería exenta de responsabilidad la entidad y se negarían las pretensiones de la demanda. En aras de garantizar el principio de estabilidad jurídica, se analizará este caso particular bajo los presupuestos de la postura anterior, esto es, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización.

- CASO CONCRETO

Arribando al caso concreto encontramos que la parte actora en el asunto de la referencia a través de apoderado judicial demanda a la Nación-Fiscalía General de la Nación, por supuestos daños ocasionados al señor JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO y su núcleo familiar, con ocasión de la privación de la libertad a la cual fue sometido por parte de la entidad demandada.

Esta Sala estima que el caso bajo estudio implica una responsabilidad de **carácter objetivo**, en la que no es necesaria la demostración de un error cometido por la autoridad judicial, al perjudicado le basta con demostrar que se impuso en su contra una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño surgido a causa de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano.

671

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

No significa lo anterior, que esta Sala de decisión, considere que todos los casos en donde hay sentencia absolutoria, hay responsabilidad administrativa, toda vez que esto dependerá de los presupuestos facticos en que se dieron las actuaciones al interior del procedimiento penal, específicamente la orden de captura, la imposición de medida de aseguramiento y la condena, para concluir si el actor estuvo o no en la obligación de soportar "*la privación de la libertad*", por existir indicios que comprometieran su participación en la comisión del delito.-

Lo anterior encuentra su sentido en la unificación jurisprudencial en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales, como en el sub iudice, los accionantes reclaman que les sean reparados los daños que les fueron ocasionados a raíz de la privación de la libertad de una persona contra la cual se profirió la correspondiente medida de aseguramiento en el curso de un proceso penal pero, a la postre, se le exonera de responsabilidad en aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Para determinar si como lo asevera el demandante, dicha privación de la libertad fue injusta y atribuible al Estado por falla en el servicio, el Tribunal deberá analizar las pruebas que fueron recopiladas y obran en el expediente, para que, con base en las mismas, las normas y pronunciamientos jurisprudenciales aplicables, se verifique la configuración de cada uno de los elementos de la responsabilidad.

Pruebas arrimadas al proceso:

La parte demandante junto con su demanda allegó los siguientes documentos para ser tenidos en cuenta como prueba de los hechos:

- Copia de los registros civiles de cada uno de los demandantes.
- Copia de registro civil de matrimonio de
- Copia auténtica de partida de bautismo
- Copia auténtica de la resolución de fecha 18 de mayo de 2006 proferida por la Fiscalía Décima de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, con su respectiva constancia de ejecutoria.
- Copia del contrato de prestación de servicios No. PS-0012-2006 de fecha 10 de mayo de 2006.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- Copia del memorial de fecha 7 de junio de 2006 mediante el cual se reitera una solicitud de sustitución de medida.
- Copia auténtica de la decisión del 29 de junio de 2006, adoptada por la Fiscalía Décima de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activas, con su respectiva constancia de ejecutoria.
- Copia auténtica de la decisión de fecha 25 de abril de 2007, proferida por la Fiscalía con su respectiva constancia de ejecutoria.
- Copia de la decisión de fecha 24 de junio de 2008 proferida por la Unidad Nacional Delegada ante el Tribunal del Distrito para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, con su respectiva constancia de ejecutoria.
- Certificación original del tiempo de detención suscrita por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializada de Santiago de Cali.

Copia de recorte de prensa de fecha 5 de mayo de 2006 del periódico "El País noticia"

Mediante auto calendado 19 de septiembre de 2011, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca decretó prueba testimonial y pericial solicitada por la parte actora. (ver folio 447-449 del cdno. ppal)

Las declaraciones¹² y el informe de perito¹³ reposan en el cuaderno de pruebas.

Hechos probados

De las pruebas documentales y las demás decretadas y practicadas, se desprende lo siguiente:

Dentro de la acción de extinción de dominio radicada bajo el No. 007, se practicó diligencia de ocupación e incautación de un inmueble, ordenada por la Fiscalía Especializada adscrita a la Unidad de Extinción de Dominio, trámite adelantado contra el extinto narcotraficante JOSE SANTACRUZ LONDOÑO, el día 21 de

¹² Folios 1-9 cdno. de pruebas No2

¹³ Folios 13-36 ibidem

623

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

noviembre de 1997, donde fueron hallados e incautados ochenta millones de pesos en efectivo, encontrados en el inmueble ubicado en la calle 9 No. 40-96-98-100, apartamento 502 de la ciudad de Santiago de Cali.

Este hallazgo originó que se compulsaran copias para investigar penalmente la procedencia del dinero, comoquiera que el mismo, no tenía aparente relación con los bienes que se afectaban al mencionado narcotraficante.

Con fundamento en lo anterior, se adelanta el proceso radicado bajo el No. 095 de la Unidad de Lavado de Activos y es dentro de ella que se pudo establecer que el extinto Bernardo Martínez Romero, en socio de su padre, hermano, su esposa y otros particulares, entre los que se menciona al señor JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO, se vieron presuntamente implicados en la comisión del delito de lavado de activos.

Como consideraciones para imponer la medida de aseguramiento, en resolución de fecha 18 de mayo de 2006 la Fiscalía expuso lo siguiente:

Que el señor JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO identificado con cédula de ciudadanía No. 14.949.397 de Cali, se encuentra comprometido en los hechos que se investigan por cuanto de la cuenta corriente No. 301029-9 del Banco Interbanco de la ciudad de Cali, abierta a nombre de Almacén Surtitodo Ltda., se giraron cinco cheques el día 28 de abril de 1998, los cuatro primeros y el último el día 16 de marzo de aquel año todos por valores inferiores a \$10.000.000 y todos girados a nombre de Jorge Montero, quien es el representante legal y dueño de la mencionada persona jurídica, cheques que en su totalidad, terminaron siendo consignados en la cuentas corrientes de Interbanco y Coopdesarrollo a nombre de Bernardo Martínez Romero.

Señala el informe de la Superintendencia Bancaria que todos estos cheques presentan las características distintivas de la probable utilización de estos títulos valores en actividades de lavado de activos.

Se precisa, además, que otros cheques girados de esta misma cuenta y consignados en cuentas distintas a las de Bernardo Martínez, también presentan estas típicas marquillas.

Se dice de otro lado que, al examinar los extractos, se pudo concluir que entre los meses de febrero y mayo de 1998, existe un notable incremento del 408% en los

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

depósitos de esta cuenta, y en abril ingresaron cuatro de los cinco cheques que fueron a parar en las cuentas de Bernardo Martínez Romero.

En su descargo el sindicato manifiesta dedicarse a sus negocios de ferretería desde hace muchos años y que para ello dirige y gerencia el almacén Surtitodo Ltda., del cual es el dueño.

Al ponerle de presente la tarjeta de registro de firmas de la cuenta en referencia, reconoció como suya la firma que allí aparece igual que también reconoció como suyas las cinco firmas que aparecen en los cheques cuestionados, sin que pudiera dar una explicación atendible del por qué estos cheques se consignaron en las cuentas de Bernardo Martínez, pues al respecto refiere que no entiende esta circunstancia porque no conoce a esa persona.

Precisa que el endoso del cheque 2349782 es irregular, porque esa no es su firma y que los otros cuatro endosos si corresponden a su firma, pues dice que es muy probable que con esos cheques haya pagado alguna deuda y otra persona los haya endosado sin que sepa que hicieron con ellos.

Que por ser este sindicato no solo la persona que giró los cheques sino también el beneficiario de los mismos, no puede exculparse señalando que, habiéndolos endosado, posiblemente otra persona también así procedió y fue así como llegaron a manos del señor Martínez Romero, pues lo que se evidencia, es que éste es el único endosatario que media entre el girador y destinatario final.

Se encuentra acreditado que posteriormente, a través de escrito de fecha junio 7 de 2006, fue solicitada de manera reiterada, la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria, por cuanto ya había sido solicitada el 17 de mayo de 2006.

Mediante Resolución de fecha 29 de junio de 2006 la Unidad Nacional para la extinción del derecho de dominio y contra el lavado de activos de la Fiscalía General de la Nación, resolvió sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta en contra de los sindicatos Jorge Enrique Montero Rayo y otros.

El 25 de abril de 2007 la Fiscalía Decima Especializada profirió resolución de acusación en contra del señor Jorge Enrique Montero Rayo.

El señor Jorge Enrique Montero Rayo consecuencia de la anterior decisión, permaneció privado de su libertad durante dos años, un mes y veinte días.

625

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En junio 24 de 2008, fue revocada esta decisión, teniendo en cuenta que las pruebas aportadas al proceso no resultan de suficiente entidad como lo exige el Art. 397 de la Ley 600 de 2000.

Es de suma importancia para la Sala en esta instancia, verificar las razones por las cuales el demandante resultó absuelto de los cargos que inicialmente le fueron imputados y por los cuales se le acusó de haber cometido el delito de lavado de activos, pues de esto depende la reparación del daño en sede administrativa, se hace necesario establecer si la revocatoria de la resolución de acusación y consecuente orden de libertad inmediata fue en aplicación del principio de in dubio pro reo.

Nótese que la Resolución fechada 24 de junio de 2008 reza:

".....en la diligencia de ampliación de indagatoria resalta el sindicado, que su empresa SURTITODO es una empresa sólida, que paga impuestos, con una gran trayectoria, que para el año de 1988 contaba con mas de 5 cuentas corrientes, importadora mayorista y minorista, que también es propietario de otra empresa que se llama SUCROMILES que produce químicos, monitoreada por la Policía Judicial y que nunca ha tenido problemas, que la empresa SURTITODO para el año de los hechos tuvo facturación superior a los mil millones de pesos, como lo muestran las declaraciones de renta, por lo cual rechaza las apreciaciones sin fundamento del funcionario de la Superbancaria ya que dicho funcionario solo consultó una cuenta y en el lapso de tres meses, cuando ha debido hacer un estudio de todos los ingresos en las distintas cuentas, que las ventas pueden ser consultadas en los distintos documentos que fueron aportados.

(.....)

Que ante los cuestionamientos de la Fiscalía dispuso revisar los archivos electrónicos y pudo constatar que el giro de los cheques objeto de la investigación fueron girados a nombre de Jorge Montero y entregados al señor Edgar Perea, por concepto de compra de dólares, que su empresa cuando necesitaba dólares lo llamaba, que algunas veces le daba efectivo y otras la secretaria elaboraba cheques. Y aclara que los cheques girados a su nombre se deben a una costumbre que tienen de cuando se necesita efectivo, que incluso hoy en día lo hace y para lo

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

cual aporta unos cheques girados a su nombre, e insiste que los títulos cuestionados no fueron consignados por él en las cuentas de Martínez Romero y solicita se pidan las copias de dichas consignaciones, para aclarar que de sus manos no fueron elaboradas esas consignaciones.

(.....)

Las explicaciones dadas por el procesado deben ser admitidas como exculpatoria, no sólo porque son lógicas, en cuanto a la orden de gerencia de la destrucción de la contabilidad anteriores al año 2000, sino por el comportamiento asumido por el procesado aportando documentos reconstruidos, que sustenta el giro de los cheques (ver folios 1/37 del cdno. 20), a más de las explicaciones referidas por el señor defensor en comunicación de febrero 1 de 2007 vista a folios 38/53 del cuaderno 20. En ellas se demuestra que aun en fechas recientes el procesado acostumbra dentro de su actividad comercial, a girar cheques a su nombre para pagos en donde se requiera efectivo.

Así entonces y como no obra prueba que indique una relación del encartado con Martínez Romero, como tampoco de que éste conocía de sus actividades ilícitas, debemos aceptar que la prueba con la cual se le impuso medida de aseguramiento- que es la misma que se tiene en cuenta para acusarlo- no es suficiente para quebrar la presunción de inocencia y dar por demostrados los hechos y la presunta responsabilidad del procesado. Si a ello le adicionamos la presencia de prueba exculpatoria que ratifica las explicaciones del procesado, es lógico concluir que no cuenta la resolución impugnada con los requisitos probatorios que demanda el Art. 397 del CPP, por tanto, se revocará la acusación y en su lugar, se ordena preclusión de la investigación. En consecuencia, se dispone la libertad inmediata e incondicional del procesado". (cursivas fuera del texto)

En este orden de ideas y teniendo en cuenta lo dicho en precedencia, sea lo primero confirmar la existencia de un daño, el daño el cual consiste en este caso, en la privación de la libertad del señor Jorge Enrique Montero Rayo, por un periodo de tiempo comprendido entre el 04 de mayo de 2006 hasta el 24 de junio del 2008. (Ver folio 386 del cdno. ppal.)

627

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

A la luz del Art. 90 de la Constitución Política¹⁴, dicho daño se torna antijurídico en este caso, por la medida de aseguramiento que impuso la Fiscalía General de la Nación, por el supuesto delito de lavado de activos.

Aunque la medida se haya impuesto en este caso, con fundamento en uno o más indicios de responsabilidad, y sí la actividad probatoria no da lugar a desvirtuar la presunción de inocencia posiblemente no se estaría ni siquiera ante una duda razonable, sino más exactamente ante falta de prueba del hecho, de la conducta o de su punibilidad.

De este modo, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el procesado no resulta condenado se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado, para indemnizar los perjuicios irrogados al particular¹⁵.-

Esta colegiatura observa que realmente la exoneración de responsabilidad penal del sindicado se produjo en aplicación del aludido principio en virtud del cual la duda presente en el fallador penal a la hora de proferir sentencia –o pronunciamiento equivalente– debe ser resuelta en favor de la presunción constitucional de inocencia que ampara al investigado. Atendiendo a la argumentación formulada dentro del presente proveído, se impone concluir que el actor no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó, el cual debe ser calificado como antijurídico, calificación que determina la consecuente obligación para la Administración de Justicia –concretamente para la Fiscalía General de la Nación– de resarcir a dicha persona por ese hecho. –

De la indemnización de perjuicios

El demandante solicita se le reconozca los perjuicios morales, vida de relación, daños materiales (daño emergente-lucro cesante), ocasionados por la entidad demandada al imponerle medida de aseguramiento injustamente.

¹⁴ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

¹⁵ Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia 19001233100020080008101 (40275), Nov. 26/15

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Respecto de los perjuicios morales, la Sección Tercera ha reconocido que el juez administrativo debe acudir al *arbitrio iudicis* para determinar el monto a reconocer por dicho perjuicio.

Según el alto tribunal, esta discrecionalidad se aplica bajo el entendido de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación y como consecuencia de la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, siempre que esté sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del perjuicio y su intensidad.

Frente a su liquidación para los casos de privación injusta de la libertad, aplican las siguientes reglas:

1. Cuando la privación es superior a 18 meses, se debe reconocer la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).
2. Cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV.
3. Si excede los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV.
4. Si fue mayor a seis meses, pero no superó los nueve, hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV.
5. Cuando la privación es superior a tres meses, pero no es mayor a seis, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV.
6. Si la medida supera un mes, pero es inferior a tres meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV.
7. Si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV.

En el presente caso, se condenará al pago de 100 SMMLV al directo afectado, su esposa e hijos; pues el tiempo que permaneció privado de su libertad, supera los 18 meses y no existe duda de la afectación y congoja a la que fueron sometidos en razón a la falla del servicio configurada en la privación injusta de la libertad objeto de demanda.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Sobre los daños materiales, el actor solicita que se le reconozca por concepto de lucro cesante la pérdida de ingresos durante el término de la detención los cuales percibía en sus empresas y por daño emergente los gastos realizados en relación con la defensa del proceso penal al cual fue vinculado injustamente, la suma de \$25.000.000 o lo que resulte probado por concepto de honorarios pagados al abogado que lo representó.

El Tribunal considera que a diferencia del daño moral, no existen elementos suficientes en este momento, para reconocer el pago de los perjuicios materiales, para lo cual se ordenará que por medio de trámite incidental posterior, se proceda con la liquidación en concreto, en aras de garantizarle a la parte actora la oportunidad procesal para demostrar dichos daños y aportar al proceso las pruebas que se requieran y permitan acreditar los gastos reales en que incurrieron y aquellos ingresos dejados de percibir.

No obstante, en esta instancia, se hacen las siguientes precisiones:

En relación con estos pedimentos, advierte la Sala que la demanda no conceptúa adecuadamente las nociones de daño emergente y lucro cesante. Éstas se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor: *Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento* (subrayas fuera del texto original).

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

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. De manera que, por tratarse este extremo de un asunto que toca con el rubro del lucro cesante, será abordado inmediatamente después de cuantificar el daño emergente”¹⁶.

Daño a la vida de relación

Al respecto, es necesario tener en cuenta que este concepto se encuadra, perfectamente, en lo que hoy la jurisprudencia de esta Sala reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos.

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

Posteriormente, el Consejo de Estado abandonó la denominación de “daño a la vida de relación” y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, bajo el entendido de que, *cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que, a su vez, afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral, por lo que aquél no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que perturban de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas*¹⁷.

Por último, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (expediente 32.988), el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, hizo las

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 13.168.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007 (expediente 16407)

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

siguientes precisiones en torno a los perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados:

"i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

"ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

"iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

"iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al (sic) grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

"15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

"i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

"ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

"iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º (sic) de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas 'de crianza', en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

"iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado".

Según lo expuesto, esta Corporación ha concluido que NO es procedente el reconocimiento de indemnización por concepto de perjuicios inmateriales distintos a los de carácter moral, a título de daño a bienes constitucionalmente protegidos, los cuales, en este caso, si bien pudieron eventualmente resultar afectados con la medida impuesta al demandante, no existe prueba de una vulneración concreta sobre el derecho a la honra y al buen nombre consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política.

El actor con fundamento en la divulgación del hecho dañino en prensa de amplia circulación nacional (ver folio 387), pretende este reconocimiento y considera la Sala de Decisión que no es prueba suficiente para afirmar que no solo fue vinculado a una investigación de carácter penal sino, que también fue víctima de las publicaciones que se hicieron en los medios de comunicación acerca de la conducta delictiva de la que supuestamente fue partícipe.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En este orden, no se accederá al pago de indemnización por concepto de perjuicio por no encontrarse demostrada la alteración grave de sus condiciones de existencia.

Sobre la reparación integral

Es menester recordar que las medidas de reparación integral no pecuniarias de que trata la petición, que operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional; vienen siendo reconocidas doctrinal y jurisprudencialmente como indemnizaciones por **daños inmateriales derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados¹⁸ o, daño a bienes o derechos convencionales y constitucionalmente amparados.**

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación al tenor del reconocimiento de este perjuicio ha señalado lo siguiente:

“El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

- i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.*
- ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.*

¹⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- iii) *iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.*
- iv) *iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales (...).*
- v) *La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:*
 - i) *El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a:*
 - (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva;*
 - (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño;*
 - (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y*
 - (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.*
 - ii) *La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.*
 - iii) *La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de*

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas (...)

En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante:

(a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional;

(b) que sea antijurídica;

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

(c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y

(d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado." (...)(Subrayado fuera de texto)

Luego entonces, en consonancia con los criterios de verificación expuestos, no se accederá a esta pretensión.

Condena en Costas

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: - DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, por el daño causado con la privación injusta de la libertad del señor JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO, entre el 04 de mayo de 2006 y el 24 de junio del 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: - CONDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación a pagar, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a los demandantes JORGE ENRIQUE MONTERO RAYO, BEATRIZ RUIZ DE MONTERO, MARIA FERNANDA MONTERO RUIZ, ANTHONY MONTERO RUIZ y OLIVER MONTERO RUIZ.

TERCERO: - CONDÉNASE en abstracto a la Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de Jorge Enrique Montero Rayo, por daño material en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, lo que resulte probado dentro del trámite incidental de liquidación que posteriormente, se deberá adelantar con base en los presupuestos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Expediente: 76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante: Jorge Enrique Montero Rayo y Otros
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

CUARTO: - ORDÉNASE actualizar y pagar las sumas que resulten a favor de los actores.

QUINTO: - NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: - Expídanse copias de esta providencia conforme las previsiones de los artículos 114 y 115 del Código General del Proceso.

SEPTIMO: - Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (02) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótense en los libros correspondientes y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Tribunal Contencioso
Administrativo del Arzobispado de
San Andrés, Providencia y Santa
Catalina
Magistrado

Tribunal Contencioso
Administrativo del Arzobispado de
San Andrés, Providencia y Santa
Catalina
Magistrada
LOU SALVAMENTO DE VOTO

Tribunal Contencioso
Administrativo del Arzobispado de
San Andrés, Providencia y Santa
Catalina
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. (76-001-23-31-000-2010-01226-00)



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

SALVAMENTO DE VOTO

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	76-001-23-31-000-2010-01226-00
Demandante	Jorge Enrique Montero Rayos y Otros
Demandado	Nación – Fiscalía General de la nación
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

Con el acostumbrado y debido respeto, manifiesto mi disenso respecto de la posición mayoritaria adoptada por la Sala, por dos razones (i) la Sala debió estudiar si la medida de detención preventiva dictada contra el Sr. Jorge E. Montero tuvo o no el carácter de injusta y no aplicar el denominado régimen objetivo y (ii) la Sala no debió condenar por concepto de perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia.

A continuación se desarrollan los fundamentos para el salvamento de voto así:

La decisión de la Corporación: el retorno al régimen objetivo de responsabilidad por privación injusta de la libertad

En el caso sub judice el Tribunal decidió "(...) aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, pues la sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado, para la época de los hechos y la presentación de la demanda, aún no había sido proferida y en este sentido, resulta desfavorable al demandante, pues bajo el criterio actual eventualmente sería exenta de responsabilidad la entidad y se negarían las pretensiones de la demanda. En aras de garantizar el principio de estabilidad jurídica, se analizará este caso particular bajo los presupuestos de la postura anterior, esto es, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización."

Expediente: 76-001-23-31-000-2011-00740-00
Demandante: Jorge León Correa y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Transporte -Invias-Departamento del Valle y otros
Acción: Reparación Directa

SALVAMENTO DE VOTO

SIGCMA

Sobre esta postura adoptada por la Sala manifiesto mi total desacuerdo. En primer lugar ha de señalarse que no puede desconocerse que los cambios jurisprudenciales generan preocupaciones fundadas relacionadas con la garantía a la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho. El tema de los efectos de los cambios jurisprudenciales sin duda que amerita muchas reflexiones que son de suma relevancia en particular en lo relacionado con la retroactividad o no de aquellos. En este caso, el cambio jurisprudencial al que se alude corresponde a uno de carácter sustancial, esto es, que es relativo a la existencia y el alcance de la responsabilidad del Estado en determinados eventos.¹

A pesar de lo anterior, y sin soslayar las consecuencias problemáticas de los cambios jurisprudenciales – como ya se indicó – lo cierto es que en este caso no observo razón jurídica suficiente para sostener la tesis expuesta por la Sala, para lo cual me afincó en dos argumentos:

Una primera razón es que a mi juicio, desde que la Corte Constitucional efectuó el estudio de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la sentencia C-037 de 1996, quedó claro que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no opera de manera automática. Debe recordarse que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 68 del mencionado estatuto, precisando que:

“ Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una decisión o 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”

¹ GONZALEZ REY, Sergio. La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales. Ensayo que hace parte del texto: Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Andrés Fernando Ospina Garzón, editor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. Pag. 422

689

Expediente: 76-001-23-31-000-2011-00740-00
Demandante: Jorge León Correa y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Transporte -Invias-Departamento del Valle y otros
Acción: Reparación Directa

SALVAMENTO DE VOTO

SIGCMA

En esa medida no se podría considerar que el cambio jurisprudencial sorprende al demandante. Y unido al anterior argumento se presenta uno adicional que ha debido considerarse por la Sala consistente en que en la propia demanda el apoderado de la parte actora argumenta que no había razonabilidad en la decisión de la privación de la libertad del Sr. Jorge E. Montero. En efecto, la parte demandante en la presentación de los hechos sostiene que en la decisión que ordenó la detención preventiva no se hace una exposición razonada de las circunstancias de hecho por las cuales el fiscal infiere la necesidad de la medida de detención preventiva. Este planteamiento debía ser suficiente para que la Sala considerara la pertinencia de llevar a cabo el estudio de la providencia judicial por medio de la cual se dictó la medida de aseguramiento. El aludido estudio debía realizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento para determinar si se configuró el alegado carácter injusto de la privación de la libertad que afirma el actor es el fundamento para la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Un segundo argumento que considero relevante es que esta Corporación ya ha venido aplicando la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 15 de agosto de 2018² a procesos que iniciaron antes del cambio de la jurisprudencia en relación con los requisitos para la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Con fundamento en lo brevemente expuesto, considero que la Sala debió analizar la providencia por medio de la cual se le dictó la medida de aseguramiento al Sr. Jorge Enrique Montero Rayo para determinar si cumplía o no con las disposiciones legales vigentes a la fecha para la procedencia de tal medida. Pero la Sala omitió llevar a cabo el mencionado análisis por lo que, a mi juicio, dejó de estudiar si la privación de la libertad del Sr. Montero Rayo realmente tiene o no el carácter de injusta; ya que como lo sostiene expresamente la Sala, en el caso concreto se está dando aplicación al régimen objetivo.

² Expediente No. 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947)

Expediente: 76-001-23-31-000-2011-00740-00
Demandante: Jorge León Correa y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Transporte -Invias-Departamento del Valle y otros
Acción: Reparación Directa

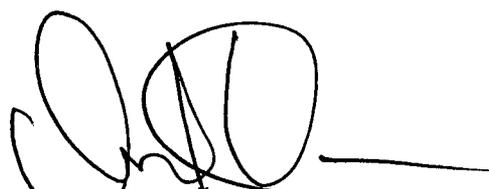
SALVAMENTO DE VOTO

SIGCMA

En resumen, la Sala debió llevar a cabo el estudio de la antijuridicidad del daño derivado de la privación injusta de la libertad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

En los anteriores términos, y de la manera más respetuosa, dejo expuestas las razones para presentar este salvamento de voto.

Fecha ut supra.



NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada