



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20171030086271-OAJ

Fecha de Radicado: 19-12-2017

Bogotá D.C.,

Doctora

MYRIAM STELLA ORTÍZ QUINTERO

Directora de Asuntos Jurídicos

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Diagonal 22 B No. 52-01, Bloque C, Piso 3º.

Ciudad

Asunto: Solicitud de concepto previo de extensión de jurisprudencia radicado Agencia N° 20178002105862 del 20 de noviembre de 2017.

Respetada doctora Myriam Stella,

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015, procede esta Agencia a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión a la petición de extensión de jurisprudencia formulada ante su Despacho, por [REDACTED] en la cual se invocó la sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Andrade Rincón dentro del expediente No. 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36.149).

Con fundamento en esa decisión, el peticionario pretende que la Fiscalía General de la Nación se declare administrativamente responsable de la privación injusta de la libertad sufrida por [REDACTED] y en consecuencia lo indemnice por los daños materiales e inmateriales descritos en la solicitud y presuntamente derivados del daño antijurídico alegado.

Precisado el propósito del peticionario con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto debe la Agencia verificar si la citada providencia responde a la noción de sentencias de unificación, como lo exige el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) y, conforme a las modalidades de

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co

Página 1 de 10



sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

Cabe advertir que de acuerdo con el párrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015, *"La valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

1. Principales consideraciones de las sentencias objeto de solicitud y supuestos fácticos y jurídicos de las mismas.

En la Sentencia del 28 de agosto de 2014, con número de radicado 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36.149) *la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que dicha decisión fue dictada con el fin de unificar la jurisprudencia en relación con "i) los parámetros que se deben tener en cuenta para la tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad y con ii) los criterios para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad"* y a través de la misma resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Santander, el 21 de septiembre de 2007, en la que se negaron las pretensiones demandadas.

Las mencionadas pretensiones consistieron en solicitar que se declarara administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial por el daño generado como consecuencia de la privación injusta a la que fue sometido uno de los demandantes dentro del trámite del proceso penal promovido por la Fiscalía General de la Nación ante el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga y, como resultado de tal declaración, se reconociera y ordenara el pago por concepto de perjuicios morales y perjuicios materiales por lucro cesante.

Una vez tramitada la actuación procesal en primera instancia, el Tribunal Administrativo de Santander, mediante Sentencia del 21 de septiembre de 2007 denegó las súplicas de la demanda y concluyó que la Fiscalía General de la Nación al momento de definir la situación jurídica del sindicato encontró indicios que comprometían la responsabilidad de éste último y que solo hasta cuando el Juzgado 5º Penal del Circuito asumió competencia se recaudaron nuevas pruebas con las que se demostró la inocencia del procesado.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



Con base en lo anterior, el Tribunal estimó que la Fiscalía General de la Nación había actuado dentro de la obligación funcional de investigar la comisión de presuntos delitos, por lo que en contraposición a los particulares deben esperar los resultados de una investigación e incluso soportar una privación de la libertad cuando existan indicios en su contra que los vinculan con la realización de un hecho punible.

El demandante, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación contra la mencionada sentencia y manifestó que en los eventos de privación injusta de la libertad el régimen de responsabilidad extracontractual es objetivo, por lo que a su juicio, el Tribunal se había equivocado al eximir de responsabilidad a la entidad demandada con base en el análisis de la legalidad de la actuación y de la supuesta obligación de los particulares de asumir la carga de ser privados de la libertad en un proceso penal por la existencia de indicios de responsabilidad en su contra.

Sobre el particular y como primera consideración de la sentencia invocada, tenemos que la Sección Tercera precisó que ese caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, debía resolverse de manera anticipada, pues por tratarse de un evento de privación injusta de la libertad el mismo simplemente *"entrañaba la reiteración de jurisprudencia"*, y dado que sobre ese tema la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, se precisó que la Sala se encontraba habilitada para resolver dicho asunto con prelación.

En segundo lugar, la Sección Tercera analizó brevemente la inexistencia de caducidad de la acción en ese caso y precisó que la legitimación por pasiva y los efectos de la sentencia se producirían frente a la Fiscalía General de la Nación como entidad que desplegó las actuaciones que originaron la demanda, que aunque goza de autonomía administrativa y presupuestal, hace parte de la única persona jurídica demandada en el proceso, esto es, la Nación.

Aclarado lo anterior, la Sala precisó que ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal– y de la Ley 270 de 1996, sobre los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos.

Así mismo reiteró que de tiempo atrás ha establecido que en estos eventos se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso penal correspondiente se determine que: **i)** el hecho no existió; **ii)** el sindicado no lo cometió; **iii)** la conducta es atípica o incluso, **iv)** frente a aquellos eventos en los cuales se dé la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal *in dubio pro reo*¹.

De conformidad con lo anterior, precisó el Consejo de Estado *"por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular"*, salvo que se demuestre alguna causal eximente de responsabilidad como por ejemplo, cuando la víctima de manera exclusiva y determinante da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva.

De las pruebas obrantes en el expediente, la Sección Tercera destacó que al demandante -quien estuvo privado de la libertad desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 18 de agosto de 1999-, se le investigó por la presunta comisión del delito de peculado por apropiación en beneficio propio, y finalmente fue absuelto de responsabilidad penal, por lo que concluyó el Consejo de Estado que los hechos no existieron.

Como consecuencia de lo anterior, señaló la Sala que en casos como el que fue objeto de estudio en la sentencia invocada *"resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia hubiere sido ajustado o contrario a Derecho, pues si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño que les fue irrogado, será intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo."*

Lo anterior, precisó la Sala, en razón a que mientras la causa de ese daño generó un beneficio de la colectividad, solo afectó de manera perjudicial a quien se privó de la libertad y sus familiares, sin que se hubiere podido establecer o determinar la responsabilidad penal de aquel y, en consecuencia, ante semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, los demandantes tenían derecho al restablecimiento que prevé el artículo 90 constitucional ya analizado.

¹ Según sentencia del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2013.



Con base en los planteamientos citados, la Sección Tercera concluyó que el demandante no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le ocasionó, el cual debía ser calificado como antijurídico y determinaba la consecuente obligación para la Administración Pública de resarcir a dicha persona por ese hecho.

Advertida entonces la responsabilidad extracontractual de la Administración, la Sala procedió a analizar el tema relacionado con la liquidación de los perjuicios y desarrolló en primer lugar lo relacionado con la existencia, reconocimiento y pago de perjuicios morales. Así, expresó que de acuerdo con las reglas de la experiencia, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de tiempo atrás que ha sido permanente y pacífica, se tiene establecido que en los eventos de privación injusta de la libertad se infiere que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que padecen esa situación y que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres, el cónyuge y los hijos es, cuando menos, tan grande como de quien fue privado injustamente de su libertad.

En cuanto a la acreditación del perjuicio en referencia, reiteró la Sala que en varias oportunidades ha precisado que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio, se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos.

En relación con el *quantum* al cual deben ascender los perjuicios por privación injusta de la libertad, según la reiterada jurisprudencia de la Sala, se expresó en la sentencia bajo análisis que *"se encuentra suficientemente establecido que el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto"*. Con base en lo anterior, la Sala reiteró los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo –radicación No. 25.022– y se complementaron los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera, según la cual se tiene en cuenta el tiempo de privación injusta y el grado de parentesco de los demandantes con quien padeció la detención².

En relación con los perjuicios materiales y en particular con el lucro cesante que fue objeto de pretensión, la Sala reiteró que, para su reconocimiento y pago, el demandante debe acreditar que, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenido, se encontraba en edad productiva. Ahora

² Ver cuadro que se incorpora en la sentencia que contiene las reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad.



bien, igualmente reiteró la Sección Tercera que cuando la víctima no demuestre el monto de sus ingresos para el momento en que fue detenida hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que en efecto fue tenido en cuenta por la Subsección para liquidar el lucro cesante y al cual se le adicionó el 25% por concepto de prestaciones sociales en apego a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar, declaró responsable administrativamente a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad que soportó el demandante y condenó a dicha entidad al pago de perjuicios morales y materiales, estos últimos, por concepto de lucro cesante, de conformidad con la liquidación hecha de éstos en la sentencia.

2) Valoración del carácter de unificación de las sentencias invocadas

Los artículos 10º y 102 del CPACA, establecen el deber de las autoridades públicas de aplicar de manera uniforme las normas, así como de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el artículo 270 ibídem, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

"(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009". (Destacado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia observa que la Sentencia del 28 de agosto de 2014, con número de radicado 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36.149) de la Sala Plena de la Sección Tercera, no encuadra en las dos últimas categorías de sentencias descritas en la norma transcrita, pues no decidió un recurso extraordinario ni la revisión eventual en una acción popular o de grupo.

Ahora, la Sentencia del 28 de agosto de 2014, con número de radicado 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36.149) de la Sala Plena de la Sección Tercera, si bien en la parte introductoria de la misma se expresó que dicha decisión se dictaba con el fin de unificar jurisprudencia en relación con los parámetros que

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



se deben tener en cuenta para la tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad y con los criterios para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad, si llama la atención que en la misma decisión más adelante se hubiera destacado el hecho de que dicho fallo tenía prelación de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009 en razón a que el mismo simplemente *"entrañaba la reiteración de la jurisprudencia"*.

De hecho del mismo texto de la sentencia se advierte que en ella se reiteraron los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo –radicación No. 25.022– y se complementaron los términos sobre el tope máximo de perjuicios morales por privación injusta de la libertad en razón al parentesco de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

No obstante lo anterior, la Agencia considera que la Sentencia del 28 de agosto de 2014, con número de radicado 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36.149) invocada por el peticionario corresponde a la denominación de sentencia de unificación jurisprudencial, pues cumple los requisitos establecidos en los artículos 270 y 271 analizados *supra*. Sin embargo, la misma no puede ser objeto de extensión en sede administrativa ni judicial porque la posición unificada plasmada en aquella decisión va dirigida a los jueces y tribunales de lo contencioso administrativo, para que al momento de conocer de demandas que tengan como supuesto fáctico los mismos hechos estudiados en la sentencia invocada liquiden los perjuicios morales y materiales de acuerdo con los parámetros expuestos en dicha decisión.

De esta manera, no puede admitirse que la sentencia de unificación esté orientada a las entidades públicas que tienen algún grado de participación dentro de un proceso penal, con el fin de que extiendan de plano los efectos de la mencionada sentencia frente a una situación de hecho de similares características, sin el agotamiento de un proceso judicial previo que declare la responsabilidad del Estado.

Es importante resaltar que fijar los parámetros para la tasación de los perjuicios morales y establecer los criterios para el reconocimiento del lucro cesante por privación injusta de la libertad no implica considerar que el Estado siempre es responsable, pues en esos eventos, incluso como se precisa varias veces en la sentencia invocada, el Estado puede eximirse de responsabilidad por rompimiento del nexo causal como consecuencia de la demostración de un caso fortuito, una fuerza mayor, hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Así entonces, de lo dicho se concluye que la unificación predicada en la sentencia invocada radicó en precisar los parámetros y criterios para el reconocimiento y

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



tasación de los perjuicios morales y del lucro cesante en eventos de privación injusta de la libertad y la misma tuvo como fin que las autoridades judiciales en sus providencias aplique de manera uniforme los mismos y no que las autoridades administrativas estuvieran facultadas y mucho menos obligadas a auto-declararse responsables administrativamente y extender, sin proceso judicial previo, los efectos de la sentencia mencionada a casos similares.

3) Consideraciones finales sobre la solicitud objeto del concepto previo.

Como bien se anotó en precedencia, el peticionario por conducto de su apoderado, pretende con base en la sentencia invocada, que la Fiscalía General de la Nación, reconozca su responsabilidad producto de la privación de la libertad a la que fue sometido, y consecuentemente, se le reconozca una indemnización por los daños materiales e inmateriales que considera le fueron causados por haber sido privado de la libertad como consecuencia de la investigación seguida en su contra como presunto autor del delito de concierto para delinquir.

Sobre el particular la Agencia estima que la procedencia del pago de una eventual indemnización por parte de la Fiscalía General de la Nación, requiere de conformidad con las reglas establecidas en la Constitución Política -artículo 90- y la Ley 1437 de 2011 (CPACA) -artículo 140-, de pronunciamiento o fallo de un juez administrativo que encuentre probada la responsabilidad administrativa del Estado, esto es, que en el mismo se acredite con base en pruebas recaudadas legalmente la presencia de todos los elementos que configuran dicha responsabilidad, con base en la cual se condene al pago de una indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por los demandantes en su escrito de demanda y que requieren obviamente demostración y tasación según el prudente juicio de una autoridad judicial.

4) Conclusión y concepto previo de la Agencia.

Conforme a lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de Hernán Andrade Rincón, con número de 68001-23-31-000-2002-02548-01 (36.149), invocada por el peticionario, es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, pues se ajusta a los postulados de los artículos 270 y 271 del CPACA.

Al margen de lo anterior, la Agencia estima que la sentencia invocada, no da por cierto ni torna procedente que ante cualquier privación de la libertad se configure de plano la responsabilidad patrimonial del Estado, ni mucho menos que se haga

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



viable un pago por parte de cualquier autoridad administrativa sin el estudio judicial del caso, en el que se establezcan los elementos que estructuran la obligación de indemnizar y de manera particular, se establezca con base en los criterios y factores establecidos por el Consejo de Estado el monto de los perjuicios ocasionados.

Como consecuencia de lo anterior, se reitera que a juicio de la Agencia si bien el fallo unificó la jurisprudencia frente a temas que han sido objeto de diferentes tratamientos en la Sección Tercera y en general en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no por ello, con dicha decisión se cambió o se transformaron las reglas y el procedimiento para obtener la declaratoria de responsabilidad del Estado, para lo cual resulta indispensable que los interesados deben impetrar la acción pertinente dentro de la oportunidad legal, a efectos de que una autoridad judicial se pronuncie sobre el contenido de sus pretensiones.

Así entonces, si bien el numeral 2º del artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015 establece que corresponde a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los conceptos que sobre extensión de jurisprudencia emita, hacer "*un dictamen motivado acerca del carácter de unificación de la sentencia invocada*", la Agencia considera que la sentencia invocada no puede extenderse a otros casos, pues pese a que tal decisión es una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, la misma no tienen la virtualidad de activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Finalmente, se invita a esa entidad a consultar los siguientes documentos elaborados por la Agencia en relación con el mecanismo de extensión de jurisprudencia, como herramientas que contribuirán al entendimiento y aplicación del mismo: Documento de Análisis Jurídico del mecanismo de extensión de jurisprudencia³, Documento Especializado No. 18: El mecanismo de extensión de jurisprudencia: Análisis de su naturaleza, trámite y aplicación⁴ y la Circular externa No. 2 de 2017 sobre Lineamientos para la intervención de las entidades públicas en el trámite de extensión de jurisprudencia previsto en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵.

³ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/extension_jurisprudencia/Documents/documento_analisis_juridico_08_05_solicitud_CJC_100817.pdf

⁴ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_final_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf

⁵ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202017/DispForm.aspx?ID=2&Source=https%3A%2F%2Fwww%2Edefensajuridica%2Egov%2Fco%2Fnormatividad%2Fcirculares%2FPaginas%2Fcirculares_2017%2Easpx&ContentTypeId=0x0100E16A994CE26A544EB98E442DB8FE647D



Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.7 del Decreto 1069 de 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,

FRIDCY ALEXANDRA FAURA PÉREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparó: JURUEÑA