



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

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01509-01 (35.990)
Actor: OSCAR MONCAYO MONCAYO Y OTROS
Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO
Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: Competencia del superior-Se decide sin limitación por apelación de ambas partes. Copias simples-Valor probatorio. Fotografías-Valor probatorio. Recortes de prensa-Valor probatorio. Privación de la libertad-Falla del servicio por ausencia de pruebas de cargo. Perjuicios morales-Aplicación de criterios de sentencias de unificación. Perjuicio moral-Padres de crianza. Daño emergente-Se reconoce por pago de honorarios al abogado defensor. Lucro cesante-Se liquida con el salario mínimo legal mensual vigente. Dictamen Pericial-Error Grave.

La Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, de acuerdo con la prelación dispuesta en sesión de 25 de abril de 2013¹, decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 14 de mayo de 2008, proferida por la Sala Décima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, que resolvió:

¹ Según el Acta nº. 10 de la Sala Plena de la Sección Tercera.

1º.- Se declara administrativamente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados a los señores Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Stella Alzate Betancur y a sus hijos menores Oscar Andrés Moncayo Alzate, Alejandro Moncayo Alzate y Andrea Eliana Moncayo Alzate, por la privación injusta de la libertad a que fueron sometidos los dos primeros mencionados.

2º.- Como consecuencia de lo anterior la Fiscalía General de la Nación reconocerá y pagará, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Para Oscar Efrén Moncayo Moncayo, cien (100) salarios mínimos legales mensuales, para María Estella Alzate Betancur cien (100) salarios mínimos legales mensuales y para cada uno de sus hijos menores Oscar Andrés Moncayo Alzate, Alejandro Moncayo Alzate y Andrea Eliana Moncayo Alzate, setenta (70) salarios mínimos legales mensuales. Las sumas anteriores se pagaran vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

3º.- Por perjuicios causados por la pérdida de la honra, la fama y la imagen profesional, la Fiscalía General de la Nación, reconocerá y pagará a Oscar Efrén Moncayo Moncayo setenta (70) salarios mínimos legales mensuales y para María Estella Alzate Betancur, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales.

4º.- La Fiscalía General de la Nación pagará por partes iguales como perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente a Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur, la cantidad de veinticinco millones trescientos doce mil trescientos cuarenta pesos (\$25'312.340). Como lucro cesante cancelará a Oscar Efrén Moncayo Moncayo la suma de ocho millones doscientos cinco mil ciento siete pesos (\$8'205.107) y a María Estella Alzate Betancur, la cantidad de ocho millones doscientos cinco mil ciento siete pesos (\$8'205.107).

5º.- se niegan las demás pretensiones de la demanda.

6º.- La parte accionada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo" (f. 576 y 577 c. principal).

SÍNTESIS DEL CASO

Los demandantes fueron detenidos preventivamente y sindicados del delito de secuestro y se decretó la preclusión de la investigación por ausencia de pruebas de cargo. Califican la privación de la libertad de injusta.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

El 29 de septiembre de 1995 y en adición del 27 de marzo del mismo año, Oscar Moncayo Moncayo, en su nombre y en representación de los menores Oscar Andrés, Alejandro y Andrea Eliana Moncayo Alzate, y como mandatario judicial de María Estella Alzate Betancur, Andrés Avelino Alzate Gómez, Alberto León de Jesús, Luz Marina de Jesús, Luís Javier, Gabriel Ignacio, Abelardo y Carlos Mario Alzate Betancur; Cecilia Ester, Bernardita, María Esperanza, José Isidro y Alba Elena Moncayo Moncayo y Manuel Alonso Moncayo Ibarra, a través de apoderado judicial, formularon demanda de reparación directa contra la Nación-Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho para que se declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos por la privación de la libertad de Oscar Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur entre el 20 de octubre de 1993 y el 24 de noviembre siguiente, como también por el tiempo que se prolongó la privación domiciliaria de la señora María Estella Alzate Betancur y la orden de captura que soportó el señor Oscar Moncayo Moncayo, entre el 5 de enero y el 11 de agosto de 1994.

Solicitaron el pago de 10.000 gramos oro² para María Estella Alzate y Oscar Moncayo; 5.000 gramos oro para cada uno de sus tres hijos menores de edad; 2.000 gramos oro para los señores Andrés Avelino Alzate Gómez, Manuel Alonso Moncayo Ibarra y Alberto León Alzate Betancur; 1.000 gramos de oro para cada uno de los demás hermanos de las víctimas, por perjuicios morales; pidieron el pago de 4.000 gramos de oro por los daños a la honra, el buen nombre e imagen profesional, para las víctimas directas. Por perjuicios materiales, pidieron \$9.030.000, correspondientes a los honorarios profesionales de sus defensores y por la reja que los agentes de la Fiscalía arruinaron en su

² Equivalentes a \$127'031.400 de la fecha de presentación de la demanda.

oficina con el allanamiento que realizaron, en la modalidad de daño emergente y el pago de \$56'493.292 en la modalidad de lucro cesante.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que en febrero de 1993, por intermedio de un conocido en común, la señora Rita Lotero Cuartas contrató los servicios profesionales del doctor Oscar Moncayo Moncayo para que la representara judicialmente en un proceso instaurado en contra suya y de su difunta hermana –Rosa Evelia Lotero Cuartas-, por los señores Oscar López, Jorge y Eladio Jaramillo, copropietarios de un predio que se encontraba en proindiviso desde 1931, y en el que la señora Lotero vivía y se encontraba invadido por otras personas, incluso, su propia habitación.

La señora Rita Lotero acordó con el abogado Moncayo Moncayo, por escrito y ante notario, las condiciones de la prestación de servicios profesionales y otorgó poder judicial. Así mismo, la señora Lotero Cuartas decidió libremente otorgar ante notario un poder general -consignado en escritura pública del 21 de mayo de 1993-, con el propósito de obtener asistencia integral de parte del abogado Oscar Moncayo Moncayo.

La señora Rita Lotero tenía 83 años de edad y vivía en una construcción que amenazaba ruina, por lo que el señor Moncayo Moncayo trasladó a su cliente a un hogar geriátrico en el que se asegurara su subsistencia en las mejores condiciones y una asistencia permanente, decisión que, además, fue conocida por el secuestro del inmueble y se llevó a cabo con el consentimiento de la paciente.

Resaltó que los interesados en la propiedad de la señora Rita Lotero Cuartas denunciaron como secuestro su traslado al hogar geriátrico. En consecuencia, la Fiscal 153 se desplazó el 19 de octubre de 1993 hasta la oficina del abogado Oscar Moncayo y al siguiente día capturó a la señora Alzate Betancur y horas

después al señor Oscar Moncayo Moncayo y dictó en su contra medida preventiva de privación de la libertad.

El 24 de noviembre de 1993 la Fiscal 59 profirió resolución mediante la cual concedió el beneficio de libertad condicional a los investigados y cambió la sindicación a los delitos de “internación en clínica” y “aprovechamiento de condiciones de inferioridad”. Los demandantes interpusieron recurso de apelación por considerar que las conductas no constituían hechos punibles y el superior, en proveído del 5 de enero de 1994, revocó la decisión y ordenó la detención domiciliaria para María Estella e intramural para el abogado Moncayo Moncayo, medida que se prolongó hasta el 11 de agosto de esa anualidad. Tiempo durante el cual el señor Moncayo tuvo que separarse de su familia.

Adujo que el 27 de julio de 1994 la Fiscal 59 de Ley 30, declaró precluida la investigación y extinguida la acción penal con fundamento en la inexistencia de los delitos imputados.

Desistió de la demanda en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho, al estimar que la Fiscalía General de la Nación es la que debe responder por el daño ocasionado.

II. Trámite procesal

El 18 de octubre de 1995 y 8 de abril de 1996, se admitió la demanda y su adición, respectivamente, y se ordenó su notificación a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

En el escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Fiscalía General de la Nación al oponerse a las pretensiones de la demanda, señaló que la naturaleza de la medida proferida en contra de los investigados era preventiva y no

sancionatoria y que el fundamento para proferirla se sujetó a los requisitos de ley.

La demandada **llamó en garantía** a la Fiscal No. 153 y al denunciante, señor Fabio de Jesús García Castaño, al estimar que sin la denuncia temeraria que presentó, no se hubiese abierto la investigación ni proferido medida cautelar, pues de esa manera el ente investigador fue inducido al error.

El 2 de octubre de 1996 los llamamientos fueron admitidos, sin embargo ninguno de los llamados fue vinculado al proceso.

El 13 de febrero de 2006 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente.

La parte demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación reiteraron lo expuesto en la demanda y su contestación. El Ministerio Público guardó silencio.

El 14 de mayo de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió la **sentencia** impugnada en la que accedió a las pretensiones. Consideró que a pesar del deber que tiene la Fiscalía de investigar y adelantar las acciones penales necesarias, no existió una prueba contundente que pudiera dar lugar a dictar la medida de privación de la libertad y que en la resolución de preclusión de la investigación fueron absueltos en consideración a que las conductas punibles no existieron.

Concedió 100 salarios mínimos legales mensuales para las víctimas directas del daño y sus hijos por perjuicios morales y los negó para sus hermanos y padres por no estar demostrado. Concedió a Oscar Moncayo 70 salarios mínimos mensuales y a María Estella Alzate 25 salarios mínimos mensuales por los perjuicios a la pérdida de la honra, la fama y la imagen profesional. Condenó al

pago de \$25'312.340 para Oscar Moncayo, correspondiente al daño emergente y a \$8'205.107 para cada víctima, por concepto de lucro cesante.

La parte demandante y la Nación-Fiscalía General de la Nación interpusieron recurso de apelación, que fueron concedidos el 19 de agosto de 2008 y admitidos el 5 de diciembre del mismo año.

La parte demandante esgrimió que los montos por concepto de perjuicios morales debían duplicarse, puesto que no sólo sufrieron por su propia situación, sino además por la de su cónyuge y sus hijos y que se debía reconocer perjuicios para los demás demandantes. Así mismo, que se aumentara el monto por perjuicios a la honra y el buen nombre, al que debía adicionarse indemnización por daño psicológico. Solicitó el aumento en el reconocimiento del lucro cesante y que se atendiera a los valores del dictamen pericial practicado en el proceso, que no fue objetado por las partes.

La Nación-Fiscalía General de la Nación, explicó que las decisiones adoptadas se sujetaron a la competencia y funciones otorgadas por la ley y cuestionó que los investigados no hubieran hecho uso del control de legalidad de la medida proferida en su contra, oportunidad en la que el juez pudo haber ordenado su libertad.

El 23 de enero de 2009, se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia.**

La Nación-Fiscalía General de la Nación agregó que no se le puede condenar porque la medida en contra de María Estella Alzate Betancur fue domiciliaria y Oscar Moncayo Moncayo se ocultó de la justicia.

El Ministerio Público solicitó la confirmación de la condena, puesto que la conducta por la que fueron investigados los demandantes nunca ocurrió. Agregó que la liquidación de perjuicios deberá tener en cuenta que el daño moral se encuentra acreditado a partir de la demostración de parentesco.

La parte demandante guardó silencio.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal, según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.

El Consejo de Estado es competente para desatar los recursos de apelación interpuestos, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996³.

Acción procedente

2. La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño

³ El Consejero Ponente de esta decisión, aunque no comparte, sigue el criterio jurisprudencial contenido en el auto del 9 de septiembre de 2008, Rad. 34.985, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con arreglo al cual, conforme al artículo 73 de la Ley 270 de 1996, esta Corporación conoce siempre en segunda instancia de estos procesos, sin consideración a la cuantía de las pretensiones. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015 Rad. 36.146.

invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, tal y como ocurre en este caso que se refiere a hechos imputables a la administración de justicia (art. 90 C.N. y art. 86 C.C.A.).

Caducidad

3. El término para formular pretensiones, en sede de reparación directa, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan 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.

En los eventos de privación injusta de la libertad, la Sección Tercera ha sostenido que el cómputo de la caducidad inicia a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia absolutoria, pues solo a partir de ese momento la víctima tiene conocimiento de la antijuricidad del daño⁴.

La demanda se interpuso en tiempo -29 de septiembre de 1995- porque el demandante tuvo conocimiento de la antijuridicidad del daño reclamado desde el 11 de agosto de 1994, fecha en quedó en firma la preclusión de la investigación.

Legitimación en la causa

4. Estella Alzate Betancur, Oscar Moncayo Moncayo Ruiz, Oscar Andrés, Alejandro y Andrea Eliana Moncayo Alzate, Andrés Avelino Alzate Gómez, Alberto León de Jesús, Luz Marina de Jesús, Luís Javier, Gabriel Ignacio,

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de febrero de 1996, Rad. 11.425. Criterio reiterado en sentencias del 13 de septiembre de 2001, Rad. 13.392. y del 14 de febrero de 2002, Rad. 13.622.

Abelardo y Carlos Mario Alzate Betancur, Cecilia Ester, Bernardita, María Esperanza, José Isidro y Alba Elena Moncayo Moncayo y Manuel Alonso Moncayo Ibarra, son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, ya que los dos primeros son los sujetos pasivos de la investigación penal y los demás conforman su núcleo familiar.

La Nación-Fiscalía General de la Nación está legitimada en la causa por pasiva, pues fue la entidad encargada de la investigación de los señores Estella Alzate Betancur y Oscar Moncayo Moncayo Ruiz en el proceso penal que se les siguió por el delito de secuestro.

II. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la preclusión de la investigación, con fundamento en que el hecho punible no existió, torna en injusta la privación de la libertad.

III. Análisis de la Sala

5. Como la sentencia fue recurrida por ambas partes, la Sala resolverá sin limitaciones, en los términos del artículo 357 del CPC.

Hechos probados

6. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación⁵, consideró que dichas copias tenían mérito probatorio.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984.

7. Las fotografías aportadas con la demanda no serán valoradas por la Sala, comoquiera que sólo muestran el registro de varias imágenes, sin que sea posible determinar el origen, el tiempo y el lugar en el que fueron tomadas dado que no fueron reconocidas por testigos, ni cotejadas con otros medios de prueba que obran en el proceso⁶.

8. En el expediente obran originales de recortes de prensa (f. 59 c. 1) con los titulares: *“Un presunto secuestrador fue aprehendido en las pasadas horas en el barrio Belén la Gloria. Se informó que en una cafetería de la calle 18 con carrera 76, la Policía Metropolitana aprehendió a Oscar Efrén Moncayo Moncayo, con cédula de Arboletes (Nariño)”*

A juicio de la Sala Plena de esta Corporación las informaciones difundidas en los medio de comunicación, en términos probatorios, no dan certeza sobre los hechos en ellos contenidos, sino de la existencia de la noticia⁷ y en esas condiciones serán valoradas en este proceso.

8. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

8.1 Los señores Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur estuvieron privados de su libertad desde el 20 al 25 de octubre de 1993 en el F2 y del 25 de octubre al 24 de noviembre del mismo año en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Bellavista y el Buen Pastor, respectivamente. Se libró orden de captura en su contra desde el 5 de enero hasta el 17 de agosto de

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 28.832

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, Rad. 2011-01378.

1994, según da cuenta el certificado de la Fiscalía General de la Nación, suscrito por la coordinadora de Archivo General (f. 287 y 288 c.1).

8.2 El 27 de julio de 1994, la Fiscalía Delegada Cincuenta y Nueve de Ley 30 y varios precluyó y ordenó la extinción de la acción penal en contra de la pareja Moncayo Alzate porque la conducta no constituía hecho punible, ya que el traslado de vivienda de la señora Ana Rita Lotero Cuartas nunca fue un secuestro, según da cuenta copia auténtica de la citada providencia (f. 18 a 39 c.1).

8.3 Oscar Efren Moncayo y María Estella Alzate son cónyuges según da cuenta el certificado de registro civil de matrimonio (f.1 c.1).

Oscar Efren Moncayo y María Estella Alzate son padres de Oscar Andrés, Alejandro y Andrea Eliana Moncayo Alzate; María Estella Alzate es hija de Andrés Avelino Alzate Gómez y hermana de Alberto León de Jesús, Luz Marina de Jesús, Luís Javier, Gabriel Ignacio, Abelardo y Carlos Mario Alzate Betancur; Oscar Efren Moncayo es hermano de Cecilia Ester, Bernardita, María Esperanza, José Isidro y Alba Elena Moncayo Moncayo, según dan cuenta las certificaciones y registros civiles de nacimiento (f.2 a 17 c.1).

La privación de la libertad fue injusta por una falla del servicio

9. El daño antijurídico está demostrado puesto que Oscar Efrén Moncayo y María Estella Alzate estuvieron privados de su derecho fundamental a la libertad desde el 20 de octubre de 1993 hasta el 24 de noviembre siguiente [hecho probado 8.1]. Es claro que la lesión al derecho de la libertad personal genera perjuicios que los demandantes no estaban en la obligación de soportar.

10. La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, el artículo 68 establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

La jurisprudencia⁸ tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) “porque el hecho no existió”, (ii) “el sindicado no lo cometió”, o (iii) “la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del *in dubio pro reo*,⁹ con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 C.N.¹⁰

La privación de la libertad en estos casos se da con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absolutoria, pone en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla.

Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad¹¹.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Rad. 15.463.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 diciembre de 2006, Rad. 13.168 y sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, Rad. 23.354.

¹⁰ El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015 Rad. 36.146.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 18.960.

La Sala ha sostenido que en todos los casos es posible que el Estado se exonere con la acreditación de que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

11. La Fiscalía Delegada Cincuenta y Nueve de Ley 30 y varios precluyó la investigación y ordenó la extinción de la acción penal en contra de la pareja Moncayo Alzate porque la conducta no constituía hecho punible.

En efecto, a los demandantes les fue dictada medida de aseguramiento con fundamento en una denuncia, que los vinculaban con el delito de secuestro y estuvieron privados de su libertad desde el 20 de octubre de 1993 hasta el 24 de noviembre siguiente [hecho probado 8.1].

Sin embargo, la resolución de preclusión concluyó que no hubo fundamento probatorio para la orden de captura y para vincularlos al proceso. Encontró que el traslado de vivienda de la señora Ana Rita Lotero Cuartas no constituía el delito de secuestro, sino que los demandantes pretendían ubicar en un mejor lugar a la señora Lotero para garantizarle un mayor bienestar. Así lo puso de relieve la providencia que absolvió a los sindicados, al indicar:

Del estudio de las diferentes piezas procesales, se revela que todo cuanto aconteció el 17 de octubre del pasado año, contó con la aquiescencia de la señora Lotero Cuartas.

La salida de la casa de Ana Rita fue consciente, sabía hacia donde iba a ser trasladada, ya que los esposos Moncayo Alzate, le recordaron todo lo que habían hablado con ella, que querían estuviera siempre mejor, mostrando familiaridad con estos, nadie se opuso a su salida, menos ella, el traslado sería por ende temporal, ya que esperarían a recuperar la propiedad y construirle una casita o apartamento donde estuviera mucho mejor.

No ha sido el interés del doctor Moncayo Moncayo y su señora esposa apoderarse de los bienes de la anciana, su preocupación ha sido su bienestar en todo sentido, ya que el hecho de que siempre haya vivido en indigencia no

quiere decir que continúe así el resto de su vida; sus honorarios están expresamente consignados en el poder general, además en el caso de fallecer, si no hay herederos, como la ley lo ordena, se informaría al Instituto de Bienestar Familiar. Nunca tuvo intención de secuestrar a la anciana [...].

Con lo expuesto no aparece satisfecho lo atinente a la tipicidad y por tanto no se podría sustentar una resolución acusatoria en contra del doctor Moncayo como autor y en contra de María Estella Alzate Betancur en calidad de cómplice por el delito de secuestro. Su actuar no fue doloso, el fin no era privar de su libertad a la ofendida mediante el arrebatamiento, la sustracción, la retención o el ocultamiento, no pretendían la consumación de esta conducta.

Concluimos que su consentimiento fue válido y libre, no se ha privado de sus derechos. Los procesados no han obtenido provecho ilícito con el poder general, no han sacado ventaja de las condiciones lamentables en que se encontraba la anciana, antes por el contrario la han favorecido, protegido y brindado unas condiciones de vida, que por su condición humana merece.

Acorde con los planteamientos traídos a estudio [...], el despacho es igualmente del parecer que se debe precluir la presente investigación iniciada en contra del doctor Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur, al considerar que los delitos a ellos imputados no existieron [...], en consecuencia se extingue la acción penal. (f. 18 al 39 c.1).

Así las cosas, como la preclusión de la investigación de los demandantes se fundamentó en la ausencia de una prueba sólida, el título de imputación es el de falla del servicio, lo que torna en injusta la privación de la libertad.

En tal virtud, el daño es imputable a la Nación-Fiscalía General de la Nación y, por ello, se confirmará la sentencia apelada.

Indemnización de perjuicios

12. La demanda solicitó el reconocimiento de 10.000 gramos oro a favor de las víctimas directas, 5.000 gramos oro para cada uno de sus hijos, 2.000 gramos oro para los señores Andrés Avelino Alzate Gómez, Manuel Alonso Moncayo Ibarra y Alberto León Alzate Betancur y 1.000 gramos de oro para cada uno de los hermanos por concepto de **perjuicios morales**. La sentencia de primera instancia reconoció 100 SMLMV a Oscar Efrén Moncayo y María Estella Alzate y

70 a cada uno de sus hijos. En el recurso de apelación, la parte demandante pidió que se duplicara el monto porque no sólo sufrieron por su privación de la libertad sino por la de su cónyuge y sus hijos sufrieron por la privación de ambos padres y que se condenara por perjuicios morales para los demás demandantes.

Recientemente, la Sección Tercera unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad¹².

En esta providencia se trazaron unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo a factores como la duración de la privación de la libertad y el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa. Estos derroteros quedaron consignados en el siguiente cuadro:

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

La Sala ha sostenido¹³ que en los eventos en los cuales se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 36.149.
¹³ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera sentencias del 17 de julio de 1992, Rad. 6.750; del 16 de julio de 1998, Rad. 10.916 y del 27 de julio de 2000, Rad. 12.788.

Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur fueron privados de la libertad durante un periodo de 1,17 meses [hecho probado 8.1] y esta acreditado que son padres de Oscar Andrés, Alejandro y Andrea Eliana Moncayo Alzate; María Estella Alzate Betancur es hija de Andrés Avelino Alzate Gómez y hermana de Alberto León de Jesús, Luz Marina de Jesús, Luís Javier, Gabriel Ignacio, Abelardo y Carlos Mario Alzate Betancur y Oscar Efrén Moncayo Moncayo es hermano de Cecilia Ester, Bernardita, María Esperanza, José Isidro y Alba Elena Moncayo Moncayo [hecho demostrado 8.3].

La demanda afirmó que Manuel Alonso Moncayo Ibarra es el padre adoptivo de Oscar Efrén Moncayo.

Para acreditarlo, obran en el expediente las declaraciones de los testigos Rigoberto Palacio Hincapié (fl. 269 c. 1) quien era amigo cercano del demandante y de los señores Ruth Mary Palacios de Moncayo (f. 419 y 420 c.2), Hernando Arcesio Palacios (f. 420 y 421 c.2) y Alfonso León Palacios (f. 422 c.2) quienes eran familiares del demandante, las cuales fueron armónicas, espontáneas e ilustran la cercanía afectiva del señor Oscar Moncayo con su tío Alonso Moncayo, -a quien los testigos califican como su padre de crianza-; también el deterioro anímico que padeció con la investigación penal y la medida de restricción de la libertad que los cobijó a él y a su esposa.

Como estos testimonios merecen credibilidad, no solo porque provienen de personas que tuvieron contacto directo con la familia y presenciaron el afecto entre Oscar Efrén Moncayo y Manuel Alonso Moncayo, sino también porque son coincidentes en lo aseverado, la Sala le reconocerá a este último la condición de padre de la víctima.

En ese sentido, la Sala encuentra oportuno reiterar la jurisprudencia en relación con los padres e hijos de crianza¹⁴.

Demostrada la relación de parentesco y como la sentencia de primera instancia no se ajustó a los criterios arriba expuestos, la Sala modificará la condena en el sentido de ordenar el pago de 35 SMLMV para las víctimas directas, sus hijos y sus padres y 17,5 para cada uno de sus hermanos.

14. La demanda solicitó por **daño emergente** a favor de las víctimas directas, el pago de los honorarios que se causaron con ocasión de la defensa judicial y asistencia jurídica durante el tiempo que estuvieron privados de la libertad, así como los daños ocasionados al inmueble allanado por la Fiscal nº. 153 destacada ante la Sijin. La sentencia de primera instancia reconoció este perjuicio, al considerar que estaba demostrado.

La jurisprudencia ha sostenido¹⁵ que en los eventos en los cuales se solicita el pago por honorarios de abogado, debe probarse la defensa en el proceso penal y el pago por los servicios prestados.

Los abogados Hernán Monsalve Ortiz, Carlos Mario Molina Arrubla y Mario Salazar Marín ejercieron la defensa de los esposos Moncayo Alzate en el proceso penal, según da cuenta el certificado aportado por la Fiscalía General de la Nación (f. 286 y 287 c. 1)

Para demostrar el monto de los honorarios pactados, la parte demandante aportó una certificación expedida por el abogado Hernán Monsalve Ortiz, quien ejerció la defensa en el proceso penal, que da cuenta que recibió de los esposos

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, Rad. 24.530

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado Sección Tercera las sentencias del 8 de junio de 2011, Rad. 19.576, C.P. Ruth Stella Correa.

Moncayo Alzate la suma de \$2'000.000 por los honorarios pagados como apoderado en el proceso penal (f. 52 c.1). Asimismo, obra en el expediente la certificación suscrita por el abogado Carlos Mario Molina Arrubla, apoderado judicial quien ejerció la defensa de la señora María Estella Alzate Betancur que da cuenta del pago de los honorarios por valor de \$2'000.000 (f. 184 c.1). También obra certificación del pago de honorarios por valor de \$3'000.000 al abogado Mario Salazar Marín (f 185 c.1).

Como estos medios de prueba acreditan el daño emergente reconocido por el Tribunal en primera instancia, este monto será actualizado de conformidad con la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde:

Vp = Valor presente

Vh = Valor histórico

Índice final a la fecha de esta sentencia: 126,14 (diciembre de 2015)

Índice inicial al momento de la fecha de la certificación del pago de honorarios:

97,62 (mayo de 2008)

$$V_p = \$25'312.340 \frac{126,14 \text{ (diciembre de 2015)}^{16}}{97,62 \text{ (mayo de 2008)}}$$

$$VP = \$32'707.422,00$$

¹⁶ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor que pueden ser consultados en el Banco de la República: <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>.

En cuanto a los daños alegados en el inmueble allanado por la Fiscal nº. 153, no se allegó ninguna prueba que los acreditara ni permitiera su cuantificación y por ello serán denegados.

15. La demanda solicitó el reconocimiento del **lucro cesante** a favor de Oscar Efrén Moncayo y María Estella Alzate, por los dineros dejados de percibir durante el tiempo de reclusión. La sentencia de primera instancia reconoció \$8.205.1047 para cada una de las víctimas directas del daño. En el recurso de apelación, la parte demandante esgrimió que los ingresos de los demandantes superaban el salario mínimo y el monto establecido en el dictamen pericial.

Oscar Efrén Moncayo ejercía su profesión de manera independiente. Así lo corrobora el directorio internacional de profesionales en Derecho Martindale-Hubbell, en su edición de 1994, (f 60 y 189 c.1); la Universidad Pontificia Bolivariana certificó un posgrado en Derecho Administrativo (f. 183 c. 1) y una inspección practicada por la Fiscalía dejó constancia de la oficina del abogado, así como también de que su esposa trabajaba allí como secretaria (f. 291 c. 1).

En el proceso obran las declaraciones de Beatriz Elena Correa Vásquez, amiga de los demandantes desde hacía 25 años (f. 240 a 247 c. 1); Hernán José Monsalve Ortiz, que conocía a los demandantes desde hacía 10 años por su profesión como abogado (f. 247 a 251 c. 1); Marco Fidel Builes Jaramillo, amigo de la familia desde hacía 10 años (f. 252 a 254 c. 1); Amparo Emilia Álvarez Restrepo quien conoció a los esposos Moncayo Alzate en ejercicio de su profesión pues tenía que trabajar con abogados que manejaran cobro de carteras morosas (f. 263 a 266 c. 1); Rigoberto Palacio Hincapié, compañero de la facultad del señor Moncayo (f. 266 a 270 c. 1) y Tulia Elvira Riaño Triana quien había realizado negocios con la señora Alzate y conocía a la familia desde hacía 5 años (f. 270 a 273 c. 1). Declararon que el señor Moncayo ejercía

independiente su profesión como abogado y que su cónyuge realizaba labores asistenciales y secretariales en su oficina de abogado y describieron de manera precisa sus actividades.

Como los declarantes, en razón a su cercanía y amistad, conocieron el oficio que desempeñaban los esposos Moncayo Alzate antes de estar privados de la libertad y coincidieron en que los demandantes se dedicaban a labores de abogado y secretaria, merecen credibilidad. Sin embargo, no arrojan certeza sobre los ingresos que esas actividades le reportaban mensualmente.

En el expediente obra un dictamen pericial contable que fue objetado por error grave por ambas partes, porque el perito realizó una valoración probatoria que no le correspondía (f. 467 a 474 c. 2). Las conclusiones del experticio no serán tenidas en consideración, porque sus fundamentos carecen de la firmeza, precisión y calidad que exige el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, el auxiliar de la justicia se limitó a fijar un valor promedio mensual de ingresos, con base en unas declaraciones, sin que de ello se pueda concluir que ese era el salario que los demandantes percibían antes de la privación injusta de la libertad, porque dichos medios de prueba son insuficientes pues no obra en el expediente la declaración de renta ni ningún otro medio de prueba que soporte tales conclusiones.

Analizado el peritaje y las objeciones que las partes interpusieron en su contra, es evidente que el perito se atribuyó la valoración de las pruebas, excediendo la competencia que por su calidad de experto le fue otorgada. Además se echa de menos un análisis técnico o científico, como lo impone el artículo 233 del CPC. Por estas razones, se desestimarán las conclusiones del dictamen pericial.

Como la carga probatoria le incumbe a la parte demandante y no acreditó el monto de su salario, el perjuicio se liquidará con base en el salario mínimo mensual legal vigente^[1]: \$644.350. A esta suma se le adiciona el 25% correspondiente a las prestaciones sociales^[2]: \$805.437.

El período de indemnización será el comprendido entre el 20 de octubre de 1993 (fecha de la captura) [hecho probado 8.1] y el 24 de noviembre de 1993 (fecha de salida de la cárcel) [hecho probado 8.1], esto es, 35 días -1,17 meses-, de conformidad con la siguiente fórmula:

Liquidación de la indemnización debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$805.437 \frac{(1+0.004867)^{1,17} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$942.751$$

La indemnización para el señor Oscar Efrén Moncayo Moncayo y para su esposa María Estella Alzate Betancur, por concepto de lucro cesante corresponde a \$942.751, para cada uno.

16. La demanda solicitó el pago de 4000 gramos oro, a favor de las víctimas directas por los **perjuicios a la honra y el buen nombre**. El Tribunal reconoció 70 SMLMV al señor Moncayo y 25 SMLMV a favor de la señora Alzate por este

^[1] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 1994, Rad. 8.576.

^[2] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 1997, Rad. 10.345.

concepto. En el recurso de apelación la parte demandante esgrimió que se debía aumentar el monto para reconocer también los perjuicios psicológicos sufridos por las víctimas.

En sentencias de unificación¹⁷ se recogieron las clasificaciones conceptuales enmarcadas bajo las denominaciones de “*daño a la vida de relación*”, “*alteración a las condiciones de existencia*” o “*perjuicios fisiológicos*”. En esa oportunidad la Sala sostuvo que podrían indemnizarse los perjuicios ocasionados a bienes jurídicamente tutelados, siempre que tal circunstancia se acreditara en el proceso y no se enmarcaran en las demás tipologías de perjuicios reconocidas por la jurisprudencia¹⁸.

Para acreditar este perjuicio el demandante aportó un recorte de prensa (f. 59 c. 1). La Sala advierte que la noticia fue cuidadosa al evitar endilgar responsabilidad al demandante y de su publicación no se acreditó ninguna consecuencia en su ámbito social o profesional.

En este caso no obra ninguna prueba que indique la existencia de tal violación de bienes jurídicamente tutelados de la honra y buen nombre que justifiquen una condena distinta de la proferida por perjuicios morales, razón por la cual se revocará la sentencia en este aspecto.

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre de 2011, Rad. 19.031 y 38.222.

¹⁸ El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 10 de diciembre de 2015, Rad. 38.029.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia del 14 de mayo de 2008, proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRASE administrativamente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur.

TERCERO: CONDÉNASE a la Nación, con cargo al presupuesto de la Fiscalía General de la Nación, a indemnizar los siguientes perjuicios a los demandantes:

A favor de los cónyuges Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur, la suma de treinta y dos millones setecientos siete mil cuatrocientos veintidós pesos (\$32'707.422) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

En la modalidad de lucro cesante, para Oscar Efrén Moncayo Moncayo y María Estella Alzate Betancur, la suma de novecientos cuarenta y dos mil setecientos cincuenta y un pesos (\$942.751), para cada uno.

A cada una de las siguientes personas, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 35 SMMLV: Oscar Efrén Moncayo Moncayo, María Estella Alzate Betancur, Oscar Andrés, Alejandro y Andrea Eliana Moncayo Alzate, así como

para Andrés Avelino Alzate Gómez y Manuel Alonso Moncayo Ibarra; de igual manera, el equivalente a 17,5 SMLMV para: Alberto León de Jesús, Luz Marina de Jesús, Luis Javier, Gabriel Ignacio, Abelardo y Carlos Mario Alzate Betancur, así como para Cecilia Ester, Bernardita, María Esperanza, José Isidro y Alba Elena Moncayo Moncayo, a cada uno.

CUARTO: HÁGASE entrega de las copias al apoderado que ha venido actuando en representación de la parte demandante, de conformidad con lo consagrado por el artículo 115 del C.P.C.

QUINTO: DÉSELE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE



JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA