

Recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas y/o agencias en derecho - Rad. 76-111-33-33-002-2017-00204-00 - Jonathan Barbosa Casas y otros

notificaciones@legalgroup.com.co

Mié 14/06/2023 3:58 PM

Para: Juzgado 02 Administrativo - Valle Del Cauca - Guadalajara De Buga <j02activobuga@cendoj.ramajudicial.gov.co>; ANDRES MAURICIO CARO BELLO <jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co>; dsacnotid@cendoj.ramajudicial.gov.co <dsacnotid@cendoj.ramajudicial.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>

 1 archivos adjuntos (3 MB)

REC REP Y SUB APEL.PDF;

Doctor

JUAN MIGUEL MARTÍNEZ LONDOÑO

Juez Segundo Administrativo del Circuito de Buga

Buga, Valle del Cauca

Radicado: 76-111-33-33-002-2017-00204-00

Demandante: Jonathan Barbosa Casas y otros

Demandado: La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, La Nación- Fiscalía General de la Nación y La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Medio de control: Reparación Directa

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas y/o agencias en derecho.

Jonathan Velásquez Sepúlveda, identificado con cédula de ciudadanía 1.116.238.813, y portador de la tarjeta profesional 199.083 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de representante legal y profesional del derecho inscrito en el certificado de existencia y representación legal de Legalgroup Especialistas en Derecho S.A.S. con NIT 900.998.405-7, persona jurídica apoderada de la parte demandante en el asunto de referencia; por medio del presente escrito me permito formular recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto de sustanciación No. 347 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga el 8 de junio de 2023, el cual fue notificado a través del estado No.33 del 9 de junio de la presente anualidad, en los siguientes términos:

Nota: Por favor revisar documento adjunto que contiene recurso de reposición y en subsidio apelación con sus anexos en un mismo archivo en formato pdf y confirmar lo recibido.

Atentamente,

JONATHAN VELÁSQUEZ SEPÚLVEDA

Representante Legal- Legalgroup Especialistas en Derecho S.A.S.

Cédula de ciudadanía 1.116.238.813

Tarjeta profesional 199.083 del Consejo Superior de la Judicatura

Revisó FBR

Envió DH



Doctor

JUAN MIGUEL MARTÍNEZ LONDOÑO

Juez Segundo Administrativo del Circuito de Buga

Buga, Valle del Cauca

j02activobuga@cendoj.ramajudicial.gov.co

Radicado: 76-111-33-33-002-2017-00204-00
Demandante: Jonathan Barbosa Casas y otros
Demandado: La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, La Nación - Fiscalía General de la Nación y La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Medio de control: Reparación Directa

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas y/o agencias en derecho.

Jonathan Velásquez Sepúlveda, identificado con cédula de ciudadanía 1.116.238.813, y portador de la tarjeta profesional 199.083 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de representante legal y profesional del derecho inscrito en el certificado de existencia y representación legal de Legalgroup Especialistas en Derecho S.A.S. con NIT 900.998.405-7, persona jurídica apoderada de la parte demandante en el asunto de referencia; por medio del presente escrito me permito formular recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto de sustanciación No. 347 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga el 8 de junio de 2023, el cual fue notificado a través del estado No.33 del 9 de junio de la presente anualidad, en los siguientes términos:

1. Oportunidad y procedencia

El numeral 5º del artículo 366 del *Código General del Proceso*, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, señala que, la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación¹, mismos que deberán ser interpuestos contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Por su parte, el artículo 318 de la norma ibídem establece que, el recurso deberá interponerse, cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia, por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

Como quiera que el auto contra el cual se interpone el presente recurso fue notificado por estado electrónico el día nueve (9) de junio de 2023, el plazo para deprecar el recurso fenece el día 15 de junio, de allí entonces, nos encontramos en término para la interposición del recurso de la referencia.

¹ Auto que unifica jurisprudencia. Procedencia recurso de apelación frente al auto que aprueba la liquidación de costas. Consejo de Estado, Sala Plena. Fecha: 31 de mayo de 2022. Radicación: 11001-03-15-000-2021-11312-00 (IJ).



2. Argumentos de oposición frente a la fijación de costas y agencias en derecho.

Frente al contenido del Auto No.347 del ocho (8) de junio de dos mil veintitrés (2023), es esta la oportunidad para formular las siguientes observaciones:

El Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura estableció las tarifas de las agencias en derecho, establece en su artículo 2º que para la fijación de las agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas en dicho acuerdo, así como la naturaleza, calidad, y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especialmente directamente relacionadas con dicha actividad.

Por su parte, el artículo 3º del referido acuerdo, establece los límites que se deben tener en cuenta para la fijación de las agencias en derecho; cuando se tratara de procesos en los que se formularon pretensiones de índole pecuniario, o en los que en la **determinación de la competencia** se tuvo en cuenta la cuantía, las tarifas se establecen en porcentaje al valor de aquellas o de ésta.

Al respecto, debe señalarse que el proceso de la referencia hace parte de esta categoría, toda vez que la competencia se determinó teniendo en cuenta la cuantía de las pretensiones, es por ello que la competencia fue radicada en el Juzgado Administrativo del Circuito de la Ciudad de Buga – Valle del Cauca.

Ahora bien, tratándose de las costas, la Corte Constitucional Sentencia C-539 de julio 28 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes señaló:

(...)

“las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial” (...)

*Se decreta a favor de la parte y no a favor de su representante judicial.... las agencias en derecho representan una contraprestación por **los gastos en que la parte incurrió para ejercer defensa judicial de sus intereses***

(...)” Negrilla propia.

De manera que las agencias en derecho nunca pueden ser una cifra caprichosa, puesto que la legislación procesal establece fundamentos jurídicos facticos y fundamentos normativos reglamentarios para estimarlas.

Según se observa, quiso el despacho condenar al demandante; sin embargo, pasó por alto la pretensión principal de la demanda la cual se centró en la **declaratoria de responsabilidad** sobre la privación injusta de la libertad de mi representado, pretensión inicial que busca determinar las responsabilidades que pudieren llegar a recaer sobre la condición ya citada, motivo por el cual no es cuantificable sino hasta después de que se demuestre la responsabilidad pretendida en el proceso de la



referencia; por tal motivo no podrá el despacho liquidar las agencias en derecho basados en pretensiones condicionadas como las que buscan erogaciones económicas plenamente cuantificables pero que dependen, como ya se ha manifestado de la declaratoria de responsabilidad como es del caso.

Trayendo a colación la sentencia de primera Instancia N. 142 del 11 de diciembre de 2019 en su parte resolutive:

*“**SEGUNDO.** - Condenar en de esta instancia a la parte vencida en el proceso, en el evento de haberse causado y en la medida de su comprobación...” subrayado propio.*

En el caso de marras se evidencia que a la fecha **no se comprobaron los gastos en los que incurrió la parte vencedora del proceso**, es decir en el auto que liquida costas, no se determinaron en forma detallada los supuestos gastos procesales, por ejemplo para recaudar pruebas, tampoco para movilización de testigos y mucho menos estudios especializados que generarán obligaciones de carácter económico; entre otros, **puesto que el proceso no se requirió incurrir en gastos**, motivo por el cual, tal como se señaló en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, la **condena** en costas sólo pudo haberse liquidado **en el medida de su comprobación**, cosa que en presente asunto no ocurrió.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de sentencia proferida el 27 de enero de 2021,² al tratar el tema de las costas procesales, agregó:

“Tal como se explicó en la parte considerativa de la sentencia, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.A.C.A., conforme al artículo 306, debemos interpretar el artículo 188, a partir de postulados constitucionales para concluir que no debe entenderse dicha figura jurídica como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso.

Por ello, en el caso concreto, la Sala no condenará en costas a la parte vencida no sólo porque no se advierte una conducta contradictoria o temeraria de la parte actora, sino porque no existe prueba que la justifique”.

Ahora bien, es importante manifestarle al despacho que tampoco se han comprobado a la parte demandante actuaciones temerosas o de mala fe, razón por la que la cuantiosa imposición de las costas también resulta improcedente.

Solicito al señor juez considerar la situación económica actual del demandante pues adicional a que estuvo privado de su libertad y que en la jurisdicción Contenciosa Administrativa ha fallado en su contra; actualmente no tiene una actividad económica estable para asumir la obligación que se le impone frente a la cuantiosa condena y liquidación de las costas, los que indudablemente agrava ostensiblemente su situación, pues no sólo tuvo que soportar una medida de

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección C 11001-33-43-060-2018-00366-01 MP. José Élvor Muñoz Barrera.



aseguramiento por un hecho que no cometió, y ahora resulta sancionado al pago de considerables costas lo que se convierte para los administrados, tal como lo señala el Consejo de Estado³, en un obstáculo para poder acceder a la administración de justicia, coartados por el temor que implica acercarse al aparato judicial al resultar afectado por la exagerada condena y liquidación de costas impuestas, lo que derivaría en una negativa al acceso a la administración de justicia, situación que se encuentra lejos de los fines del Estado.

Por medio del auto 347 del 8 de junio de 2023, se aprueba la liquidación de las costas realizada por la Secretaría del Juzgado en la suma \$106'759.817, sin embargo, en el asunto de marras, como ya se dijo, **no se comprobó que la parte vencedora hubiera incurrido en algún gasto**, razón por la cual la condena en costas no habría lugar a imponerse.

El Honorable Consejo de Estado a modulado la condena en costas reafirmando los argumentos expuesto en el presente recurso:

- La Sección Segunda, Subsección B, en el proceso bajo radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00, el pasado 9 de agosto de 2016 se pronunció sobre las costas así:

“Es decir, revisando en conjunto los requisitos anteriormente señalados, concluye la Sala que la norma es clara en determinar que la condena en costas procede respecto de la parte vencida en toda sentencia, salvo en aquellas donde se ventile un interés público, siempre y cuando “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. Retomando el contenido de la decisión cuestionada emitida por la subsección D de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, anteriormente transcrita, la Sala observa que el único fundamento que se tuvo en cuenta para confirmar la condena en costas impuesta a la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo en segunda instancia, fue el tenor literal del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, pero nada se dijo acerca de los gastos y/o agencias en derecho en que se pudo haber incurrido y menos, que los mismos estuvieren acreditados en el proceso.

La anterior situación resulta contraria a los postulados de un Estado Social de Derecho que pregona por la protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, ya que, de lo resuelto por el tribunal accionado, se entendería que ante el evento que la justicia resuelva negarlo petitionado, si hay lugar a ello, se debe castigar pecuniariamente a la parte respectiva por haber sido vencido en juicio; situación esta última, que obstaculiza el querer acceder ante un juez de la República.

(...)

*Recuerda la Sala lo expuesto por la subsección A de la sección segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre la condena en costas, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que **principalmente deben***

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).



aparecer causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva sobre el particular que simplemente consulte quien resulte vencido, para que le sean impuestas.”

- Siguiendo la postura indicada por la Sección Segunda Subsección B en el expediente 73001-23-33-000-2015-00229, en providencia del 17 de octubre de 2017 indicó:

“Ahora bien, respecto de las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto sobre el articular por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien, dentro de sus facultades, hizo uso mesurado de su derecho de defensa. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.”

En el distrito judicial del Valle del Cauca, en casos similares en los cuales la parte vencedora no ha incurrido en gastos, se resuelve no condenar en costas, para tal efecto se citan las providencias:

- El Juzgado Primero Administrativo de Guadalajara de Buga en la sentencia de primera instancia en el radicado 76111-33-33-001-2017-00178-00, indicó.

“Estando dentro de la oportunidad pertinente, por el Despacho se procede a proferir la decisión sobre la condena en costas, para lo cual se dará aplicación a lo dispuesto sobre esta materia en el Código General del Proceso, tal y como lo establece el Artículo 188 del CPACA, disposición que prescribe que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, lo que en verdad está señalando es que el operador judicial en cada caso particular debe observar la procedencia e improcedencia de dicha condena conforme se acredite probatoriamente su causación así lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado en providencia del 7 de abril del año 2016 (Expediente 1300123330000130002201(12912014-9) MP William Hernández Gómez).

Así las cosas, se tiene que el Artículo 365 del CGP, contiene las reglas que deberán ser atendidas al momento de decidir sobre la condena en costas, refiriéndose la primera de ellas al sujeto pasivo de la condena, esto es, a quien resulte vencido en juicio, no obstante, en los demás numerales se contemplan las demás, y entre ellas se encuentra la contemplada en el numeral 8, la cual a la letra dice: “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”



En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que no obra dentro del plenaria prueba alguna a través de la cual se pueda comprobar la incursión en alguno de los conceptos que integran las costas, conlleva a emitir un pronunciamiento absolutorio respecto de esta pretensión.”

- El Juzgado Noveno Administrativo de la Ciudad de Cali en el expediente 76001-33-33-009-2018-00153-00 al referirse al asunto señaló:

“El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016⁴, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

*Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017⁵ al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, “...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.**” (Negrilla y subrayado del Despacho).*

*En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, **no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrará en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.**” Negrilla y subrayada propia.*

3. Solicitud

Por lo anteriormente expuesto, y considerando las disposiciones del Acuerdo No. PSAA16-0554 del 5 de agosto de 2016, solicito respetuosamente se **Reponga** el auto No. 347 del ocho (8) de junio de dos mil veintires (2023), y no se imponga la condena en costas, toda vez que resulta evidente la ausencia de los gastos en los que incurrió la parte a favor de las cuales se liquidaron las mismas.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17),.



LEGALGROUP

ESPECIALISTAS EN DERECHO

Página 7 de 7
©2023 Legalgroup
Especialistas en Derecho SAS

De manera subsidiaria, de no reponerse la decisión recurrida, solicito se conceda subsidiariamente el recurso de **Apelación** ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

Atentamente,

JONATHAN VELÁSQUEZ SEPÚLVEDA

Representante legal de Legalgroup Especialistas en Derecho S.A.S

Cédula de ciudadanía 1.116.238.813

Tarjeta profesional 199.083 del Consejo Superior de la Judicatura

Proyectó: FBR
Revisó: PAGC



ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada vulnera derecho de acceso a la administración de justicia / VULNERACION DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Por imposición de condena en costas no acreditada en el expediente

La parte accionante considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró su derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al decidir en el numeral segundo de la sentencia proferida 14 de enero de 2016, en sede de segunda instancia, condenarla en costas y agencias en derecho sin analizar los elementos de prueba allegados al expediente, para verificar si había actuado de forma temeraria o de mala fe al promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y con ello establecer si existían argumentos que justificaban la decisión adoptada al ser vencida en juicio (...) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió condenar en costas a la accionante por haber resultado vencida en el proceso ordinario, y adicionalmente dispuso fijar como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones de la demanda, conforme al numeral 3.1.3., del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, por tratarse de un proceso de segunda instancia con cuantía. Como se observa, la autoridad judicial accionada motivó su decisión de condenar en segunda instancia en costas a la accionante, en el contenido del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (...) la Sala observa que el único fundamento que se tuvo en cuenta para confirmar la condena en costas impuesta a la accionante fue el tenor literal del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, pero nada se dijo acerca de los gastos y/o agencias en derecho en que se pudo haber incurrido y menos, que los mismos estuvieren acreditados en el proceso. La anterior situación resulta contraria a los postulados de un Estado Social de Derecho que pregona por la protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, ya que de lo resuelto por el tribunal accionado, se entendería que ante el evento que la justicia resuelva negar lo peticionado, si hay lugar a ello, se debe castigar pecuniariamente a la parte respectiva por haber sido vencido en juicio; situación esta última, que obstaculiza el querer acceder ante un juez de la República (...) Se concluye que la interpretación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que señala que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas no debe ser de manera literal, ya que dicha labor debe hacerse de manera armónica junto con las disposiciones del Código General del Proceso pertinentes, tal y como lo previó el legislador, lo cual permite concluir que el juez está facultado para condenar o no en costas a la parte vencida, siempre y cuando las mismas estén acreditadas en el proceso. (...) Por lo expuesto, la Sala considera que el hecho de que el Tribunal accionado haya resuelto condenar en costas a la accionante sin advertir que las mismas se encuentren causadas y debidamente acreditadas en el expediente (...) vulnera su derecho de acceder a la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 188 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 365

NOTA DE RELATORIA: en relación con el derecho de acceso a la administración de justicia, consultar, sentencia T-283 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC)

Actor: ANDREA YOLIMA TORRES LIZARAZO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo, a través de apoderada judicial, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, los cuales estimó lesionados por la subsección D de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al condenarla en costas y agencias en derecho en la sentencia de 14 de enero de 2016, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por ella instaurado contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros.

I. ANTECEDENTES

1.1. Escrito de tutela.

La parte actora señaló que la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo mediante escrito de 22 de agosto de 2012 le solicitó a la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, el reconocimiento y pago de la prima de servicios docente de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en concordancia con el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978; la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante oficio 048902 de 5 de septiembre de 2012.

Indicó que consecuencia de lo anterior, presentó medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra las mencionadas entidades, cuyo

conocimiento le correspondió al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión Oral de Zipaquirá, quien mediante sentencia de 29 de mayo de 2015, negó las pretensiones de la demanda.

Afirmó que contra dicha decisión interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado por la subsección D de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de providencia de 14 de enero de 2016, en la que confirmó la decisión del *a quo* y dispuso condenarla en costas y agencias en derecho, al ser vencida en el proceso.

Consideró que la providencia del tribunal accionado incurrió en vía de hecho por defecto fáctico, porque omitió analizar los elementos de prueba allegados al expediente, para verificar si la parte demandante actuó de forma temeraria o de mala fe al promover el referido medio de control de nulidad y restablecimiento, los gastos ocasionados en el mismo, y con ello establecer si se justificaba o no la condena en costas.

Agregó que también se incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo y procedimental, al aplicarle la regulación que dispone el Código General del Proceso en lo relativo a la condena en costas, desconociendo que la Ley 1437 de 2011 regula de manera especial el asunto en el artículo 188.

1.2. Pretensiones.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, solicitó que en amparo de los derechos fundamentales invocados se deje sin efecto el numeral segundo de la sentencia de 14 de enero de 2016 proferida por el tribunal accionado, y en su lugar, se le ordene proferir una nueva decisión en la que disponga negar la condena en costas impuesta a la parte vencida en el proceso ordinario.

1.3. Trámite de instancia

Mediante auto de 7 de junio de 2016¹, el Despacho del consejero William Hernández Gómez (E) admitió la acción de tutela ejercida por la señora Andrea

¹ Visible de folios 30 y 31 del cuaderno principal.

Yolima Torres Lizarazo contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordenó su notificación como demandado de conformidad con lo establecido en el artículo 13 y concordantes del Decreto 2591 de 1991; quien registró ponencia para decidir el asunto en sala de subsección de 14 de julio de 2016, sin embargo, la misma fue derrotada al no obtener la aprobación de la mayoría de sus integrantes.

Por lo anterior, mediante providencia de 18 de julio de 2016, se ordenó la remisión del asunto de la referencia al despacho de quien hoy ostenta la calidad de ponente, para emitir la decisión que en derecho corresponda.

1.4. Informes rendidos

El Ministerio de Educación² solicitó que se declare la improcedencia del amparo invocado, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que las providencias proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión Oral de Zipaquirá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no vulneraron los derechos fundamentales de la actora en tutela, porque las mismas se adoptaron luego de realizar un análisis razonable de las circunstancias fácticas y la normativa aplicable, lo que les permitió concluir que la accionante no tenía derecho a la prima de servicios docente pretendida, por lo tanto, consideró que en el presente asunto no hay lugar a estudiar el amparo invocado, como quiera que no se configuran los elementos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial indicados por la jurisprudencia constitucional.

El Departamento de Cundinamarca³ manifestó que la Fiduciaria La Previsora S.A., es la entidad encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y como tal tiene la facultad de aprobar o negar el reconocimiento y pago de prestaciones de índole económica al personal afiliado; en tal sentido, remitió la solicitud de tutela a la referida entidad para que se pronunciara sobre la condena en costas y agencias en derecho impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Andrea Yolima Torres.

² Folios 70 y 71 ibidem.

³ Folio 77 Ibídem.

La Fiduciaria la Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A.,⁴ sostuvo que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de protección de derechos fundamentales, que no puede convertirse en un medio de impugnación ordinario. En este sentido considera, que la solicitud de tutela formulada por la accionante no cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción previstos por la jurisprudencia constitucional, como quiera que lo pretendido por la actora es cuestionar el contenido de las providencias que le negaron el reconocimiento y pago de la prima de servicios docente, como si se tratara de una tercera instancia dentro del proceso ordinario, razón por la cual solicita que se declare la improcedencia del amparo de tutela.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo a los argumentos expuestos en el escrito tutelar y las pruebas que obran en el expediente, se decidirá el asunto sometido a consideración en el siguiente orden: i) Competencia, ii) Determinación del problema jurídico iii) Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y iv) Solución a los problemas jurídicos.

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000⁵, en cuanto estipula que: “Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado (...)” esta Sala es competente para conocer de la presente acción constitucional contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por haber proferido la providencia hoy cuestionada, en sede de segunda instancia.

2.2. Determinación del problema jurídico.

En el presente asunto son tres los problemas jurídicos a resolver:

⁴ Folios 79 a 83 Ibídem.

⁵ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

¿La acción de tutela es procedente para cuestionar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca?

¿La condena en costas impuesta a la accionante por habersele resuelto de manera desfavorable las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado, le vulnera el derecho fundamental del acceso a la administración de justicia?

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Sobre el particular, tanto la Corte Constitucional⁶ como esta Corporación⁷, inicialmente consideraron que la acción de tutela no procedía contra providencias judiciales. Posición que fue variada por la Corte al aceptar la procedencia excepcional y restringida del referido mecanismo constitucional de comprobarse la existencia de una vía de hecho y de un perjuicio irremediable⁸, y por parte de algunas Secciones del Consejo de Estado, cuando se evidenciara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia⁹. Posteriormente, en la Sentencia C-590 de 2005¹⁰ la Corte Constitucional¹¹ reiteró la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pero supeditada ya no a la existencia de una vía de hecho, sino a la verificación de unos **requisitos de forma**¹² y de **procedencia material**¹³ fijados¹⁴

⁶ En sentencia C-543 de 1992, proferida con ocasión del análisis de constitucionalidad de los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Corte sostuvo, que atendiendo al querer del Constituyente, a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y a la preservación de valores supremos como la seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial, la tutela no era procedente cuando tuviera por objeto cuestionar providencias judiciales.

⁷ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante decisión de 29 de enero de 1992 (AC-009) con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, consideró que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, inaplicando para el efecto lo establecido en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Esta tesis fue reiterada por la misma Sala Plena mediante sentencias de 3 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía (AC-015), 14 de octubre de 1993 con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez (AC-1247) y 29 de junio de 2004 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda (AC-10203).

⁸ Ver sobre el particular las sentencias T-483 de 1997, T-204 de 1998, T-766 de 1998 y SU-563 de 1999.

⁹ Al respecto ver, entre otras, las siguientes Sentencias: Sección Primera, de 9 de julio de 2004, Exp. No. 2004-00308; y, Sección Segunda – Subsección A, de 27 de mayo de 2010, Exp. No. 2010-00559.

¹⁰ Sentencia en la que se analizó la legalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

¹¹ Al respecto ver, entre otras, las Sentencias T-1009 de 1999, SU-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-774 de 2004.

¹² También denominados requisitos generales de procedencia, y que son: i. Que el asunto tenga relevancia constitucional; ii. Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; iii. Que se cumpla con el requisito de inmediatez; iv. Que si se trata de una irregularidad procesal tenga efecto decisivo o determinante en la sentencia y afecte los derechos fundamentales; v. Que el interesado exponga los hechos

por la misma Corte¹⁵. Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González¹⁶, finalmente aceptó que la acción de tutela es procedente contra una providencia judicial, “cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales”.

Respecto a los requisitos de forma o generales de procedencia, señaló: i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones¹⁷; ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable¹⁸; iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y, vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

En el caso concreto, previa verificación de la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala encuentra que: a) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, b) Se agotaron los medios ordinarios de defensa judicial existentes, c) La tutela se interpuso dentro de un término razonable, y d) Dentro del escrito de tutela se expresaron de manera clara los

que generan la vulneración o amenaza de sus derechos y que, además y de haber sido posible, hubiera alegado esta situación en el proceso; y, vi. Que no se trate de sentencias de tutela.

¹³ También llamados requisitos generales de procedibilidad y que hacen referencia a la configuración de uno o varios de los siguientes defectos: i. Sustantivo o material; ii. Fáctico; iii. Orgánico; iv. Procedimental; v. Desconocimiento del precedente; vii. Error inducido; viii. Ausencia de motivación; o, ix. Violación directa de la Constitución.

¹⁴ Sobre la descripción de requisitos de forma y materiales ver la Sentencia T-007 de 2013.

¹⁵ Al respecto ver lo sostenido en las Sentencias C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-377 de 2009 y T-178 de 2012. También es importante resaltar que ya en la Sentencia SU-014 de 2001 la Corte consideró la necesidad de superar dicho concepto y dar paso a lo que, posteriormente, se denominó *error inducido* [Sentencia T-462 de 2003].

¹⁶ Emitida en el expediente 110010315000200901328 01.

¹⁷ T-173 de 1993

¹⁸ T-504 de 2000.

hechos y argumentos que conllevan a atacar por esta vía la providencia judicial, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, que pretendía el reconocimiento y pago de la prima de servicios en su condición de docente.

Por lo anterior, la Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado; dicho esto, queda resuelto el primer problema jurídico, en el sentido de que la acción de tutela si es procedente en el asunto de la referencia.

2.4. Solución del caso concreto.

La parte accionante considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró su derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al decidir en el numeral segundo de la sentencia proferida 14 de enero de 2016, en sede de segunda instancia, condenarla en costas y agencias en derecho sin analizar los elementos de prueba allegados al expediente, para verificar si había actuado de forma temeraria o de mala fe al promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y con ello establecer si existían argumentos que justificaban la decisión adoptada al ser vencida en juicio.

Agrega que la sentencia del tribunal, también incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo y procedimental, al aplicar el Código General del Proceso sobre la condena en costas, desconociendo que la Ley 1437 de 2011 regula de manera especial el asunto en el artículo 188.

En este orden, la Sala considera necesario revisar contenido de la sentencia de 14 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección D, en lo relativo a la condena en costas, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la señora señora Andrea Yolima Torres Lizarazo, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios en su condición de docente, así:

[...] 5. Finalmente, respecto de las costas se tiene que están conformadas por dos rubros, a saber: (i) las expensas, alusivas a los gastos ocasionados en el transcurso del proceso, tales como gastos de notificación, valor de las copias, impuestos de timbre, honorarios de auxiliares de la justicia, etc., y (ii) las agencias en derecho, que compensan los gastos de apoderamiento en que incurre la parte vencedora, concepto este sobre el cual existe tarifa legal¹⁹.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo señala que salvo en los asuntos en que se ventile un interés público, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, debiendo remitirse para su liquidación y ejecución a lo dispuesto en la norma procesal civil.

Al respecto debe señalarse que la Ley 1437 de 2011 modificó el criterio subjetivo que regía sobre la condena en costas que consagraba el otrora código Contencioso Administrativo, para acercarse al criterio objetivo, en el cual no se analiza la conducta asumida por las partes en el proceso. El autor Juan Carlos Garzón Martínez lo explica así: *<En esta nueva legislación, resulta evidente que contrario a la anterior, se estableció un criterio objetivo, habida cuenta que, sin importar la conducta de la parte vencida, se impondrá la condena en costas. En consecuencia, de conformidad con el CPACA y las normas del estatuto procesal civil, el juez debe determinar las costas del proceso, teniendo en cuenta sí se causaron y demostraron expensas por este concepto y fijando las agencias en derecho.>*²⁰

El mismo criterio objetivo se encuentra igualmente previsto en el Código General del Proceso, aplicable en esta jurisdicción desde el 1º de enero de 2014²¹, en el cual la condena en costas recae en la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

Así las cosas, según lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 365 de C.G.P., se condenará en costas a la parte vencida dentro del proceso. Se fijarán como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme al numeral 3.1.3. del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, por tratarse de un proceso de segunda instancia con cuantía. Estas costas deberán ser liquidadas por la Secretaría del Juzgado de origen de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 366 del C.G.P. [...].”

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió condenar en costas a la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo por haber resultado vencida en el proceso ordinario, y adicionalmente dispuso fijar como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones de la demanda, conforme

¹⁹ Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

²⁰ Garzón M. Juan Carlos, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, sistema escrito – sistema oral. Debates Procesales. Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2014. P. 611.

²¹ Auto del veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014), de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dictada dentro del expediente No. 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ) (49.299).

al numeral 3.1.3., del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, por tratarse de un proceso de segunda instancia con cuantía.

Como se observa, la autoridad judicial accionada motivó su decisión de condenar en segunda instancia en costas²² a la accionante, en el contenido del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

De la normativa referida, podría entenderse que la regla general es que toda sentencia disponga lo pertinente a la condena en costas, y que la excepción son los procesos en donde se ventile un interés general; sin embargo, en cuanto a su liquidación y ejecución, la misma normativa remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, lo que significa, que para que proceda, deben cumplirse ciertos requisitos, los cuales se encuentran señalados en el artículo 365 ibídem, así:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

²² ARTÍCULO 361. COMPOSICIÓN. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...).(Resalta la Sala)

Es decir, revisando en conjunto los requisitos anteriormente señalados, concluye la Sala que la norma es clara en determinar que la condena en costas procede respecto de la parte vencida en toda sentencia, salvo en aquellas donde se ventile un interés público, siempre y cuando “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Retomando el contenido de la decisión cuestionada emitida por la subsección D de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, anteriormente transcrita, la Sala observa que el único fundamento que se tuvo en cuenta para confirmar la condena en costas impuesta a la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo en segunda instancia, fue el tenor literal del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, pero nada se dijo acerca de los gastos y/o agencias en derecho en que se pudo haber incurrido y menos, que los mismos estuvieren acreditados en el proceso.

La anterior situación resulta contraria a los postulados de un Estado Social de Derecho que pregona por la protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, ya que de lo resuelto por el tribunal accionado, se entendería que ante el evento que la justicia resuelva negar lo petitionado, si hay lugar a ello, se debe castigar pecuniariamente a la parte respectiva por haber sido vencido en juicio; situación esta última, que obstaculiza el querer acceder ante un juez de la República.

Respecto al efectivo acceso a la administración de justicia, la Corte Constitucional señaló:

“El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento

de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Aquella prerrogativa de la que gozan las personas, naturales o jurídicas, de exigir justicia, impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, distintas obligaciones para que dicho servicio público y derecho sea real y efectivo. En general, las obligaciones que los estados tienen respecto de sus habitantes pueden dividirse en tres categorías, a saber: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar los derechos humanos. Con base en esta clasificación, a continuación se determinará el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia. En primer lugar, la obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta. En segundo lugar, la obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. En tercer lugar, la obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho. Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.”²³

Recuerda la Sala lo expuesto por la subsección A de la sección segunda²⁴ de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre la condena en costas, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente deben aparecer causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva sobre el particular que simplemente consulte quien resulte vencido, para que le sean impuestas.

En el mismo sentido, esta subsección en oportunidad anterior²⁵ señaló:

“(…)

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

²³ Sentencia T-283 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁴ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁵ Sentencia del 20 de agosto de 2015, No. Interno 2219-2014, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente asunto, el Tribunal Administrativo del Cauca condenó en costas y agencias en derecho a la entidad demandada de conformidad con lo consagrado en el artículo 366 del Código General del Proceso, sin exponer ningún argumento para imponer la condena, empero, se observa que no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.”

Se concluye que la interpretación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que señala que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas” no debe ser de manera literal, ya que dicha labor debe hacerse de manera armónica junto con las disposiciones del Código General del Proceso pertinentes, tal y como lo previó el legislador, lo cual permite concluir que el juez está facultado para condenar o no en costas a la parte vencida, siempre y cuando las mismas estén acreditadas en el proceso.

Por último, la Sala recuerda que previo a la sentencia de unificación de 14 de abril de 2016²⁶, en la cual la sección segunda del Consejo de Estado definió que los docentes solo tendrían derecho a la prima de servicios a partir de la expedición del Decreto 1545 de 2013, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo no era pacífica al respecto, por ello, no podría endilgarse mala fe o una conducta temeraria por parte de la accionante, pues ante tal situación, es claro que en su momento contó con argumentos serios y razonados para acudir a la administración de justicia, y más, teniendo en cuenta que su caso se resolvió

²⁶ Radicado CE-SUJ215001333301020130013401 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

mediante decisión de 14 de enero de 2016, esto es, antes de que esta Corporación unificara criterio. En la referida decisión, más exactamente se señaló:

“6.6. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013²⁷, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.”

Por lo expuesto, **la Sala considera que el hecho de que el Tribunal accionado haya resuelto condenar en segunda instancia a la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo sin advertir que las mismas se encuentren causadas y debidamente acreditadas en el expediente, y que la jurisprudencia previo a la decisión cuestionada, no era pacífica frente al reconocimiento o no de la prima de servicios en favor de los docentes, vulnera su derecho de acceder a la administración de justicia; quedando así, resuelto el segundo problema jurídico planteado.**

En consecuencia, se amparará el derecho a acceder a la administración de justicia de la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo y, se dejará sin efecto el numeral segundo de la sentencia proferida por la subsección D de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de enero de 2016, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho radicado 2014-00166, tomando como referente los argumentos anteriormente expuestos.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO.- TUTELAR EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA de la señora Andrea Yolima Torres Lizarazo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO el numeral segundo de la sentencia proferida por la subsección D de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de enero de 2016, dentro del medio de control de nulidad y

²⁷ Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

restablecimiento de derecho radicado 2014-00166, de conformidad con la parte motiva de esta providencia

TERCERO.- NOTIFICAR a las partes esta providencia por telegrama o por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

CUARTO.- En acatamiento de las disposiciones del artículo 31 *ibídem*, **DE NO SER IMPUGNADA** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia, **REMITIR** el expediente a Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en Sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)



Demandante: María Insmelda Alzate Giraldo
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP y
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN
Rdo: 11001-03-15-000-2021-11312-00

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 11001-03-15-000-2021-11312-00 (IJ)
Demandante: MARÍA INSMELDA ALZATE GIRALDO
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y
PARAFISCALES -UGPP y DIRECCIÓN DE
IMPUESTO Y ADUANAS NACIONALES -DIAN

**AUTO QUE UNIFICA LA JURISPRUDENCIA (ARTÍCULO 271 DEL CPACA) –
APELACIÓN DEL AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado dictar auto de unificación de la jurisprudencia sobre i) la interpretación del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, antes y después de su modificación por la Ley 2080 de 2021, en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso y respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas procesales.

I. ANTECEDENTE

1. Mediante auto del 8 de febrero de 2021, la Sala Plena de la Corporación avocó el conocimiento de la solicitud elevada en el auto proferido el 25 de agosto de 2021 por el Magistrado de la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, doctor Andrew Julián Martínez Martínez, con el propósito de unificar la jurisprudencia en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación del auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso.

2. La decisión se fundó en la coexistencia de dos tesis jurisprudenciales¹, en las que se interpreta de manera opuesta el alcance y aplicación del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 en punto del recurso de apelación, establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso contra el auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso.

¹ Contenidas en autos de ponente emanados de distintas Secciones de la Corporación.



3. Una tesis advierte la improcedencia del recurso de apelación con fundamento en la taxatividad del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y en la especialidad de esta última ley, como codificación que regula el procedimiento al que se sujetan los procesos de la jurisdicción contencioso administrativa²; la otra determina que esa especialidad se predica del artículo 366 del Código General del Proceso, bien por ser la norma que regula la liquidación y ejecución de las costas a cuya aplicación remite expresamente el artículo 188³ de la Ley 1437 de 2011⁴, o bien por vía de la integración normativa prevista en el artículo 306 *ejusdem*⁵.

4. Conforme con lo anterior, atendiendo a que la apelación del auto que aprueba la liquidación de las costas es un asunto de naturaleza procesal transversal a todas las secciones del Consejo de Estado, y a que en la aplicación de las normas que lo regula existen interpretaciones disímiles que pueden acarrear consecuencias jurídicas opuestas a situaciones idénticas o similares, la Sala halló mérito suficiente para avocar el conocimiento y proferir el correspondiente auto de unificación, previa verificación de cumplimiento de los restantes requisitos de procedencia exigidos para ello en el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021, modificadorio del 271 de la Ley 1437 de 2011.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1. Competencia

6. Según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 111⁶ y el artículo 271⁷ de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo previsto en el artículo 12⁸ del Acuerdo 080 de 2019 del Consejo de Estado, la Sala Plena de lo Contencioso

² Ver entre otros: **Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.** Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Autos de ponente de 24/01/2020. MP. Stella Jeannette Carvajal Basto. Expedientes 05001-23-33-000-2014-01531-01 y 68001-23-33-000-2013-00458-02. Autos de ponente de 29/11/2018, 18/02/2019 y 24/04/2019. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Expedientes 68001-23-33-000-2013-00320-02, 68001-23-33-000-2013-00452-02 y 68001-23-33-000-2014-00183-02, respectivamente. **Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B.** Medio de control de reparación directa. Auto de ponente de 16/07/2021. MP. Alexander Jojoa Bolaños (E). Expediente 25000-23-36-000-2015-01132-01. **Sección Tercera, Subsección A.** Demanda ejecutiva. Auto de 7/09/2020. MP. Guillermo Sánchez Luque. Expediente: 05001-23-33-000-2016-02095-02.

³ Referido a la condena en costas en la sentencia.

⁴ **Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A.** Autos de 5/05/2021. Nulidad y restablecimiento del derecho. MP. William Hernández Gómez. Expedientes 66001-23-33-000-2015-00550-02, 66001-23-33-000-2015-00196-02, 66001-23-33-000-2016-00786-02.

⁵ **Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.** Demanda de repetición. Autos de ponente de 15/05/2017 y 26/02/2020. MP. Marta Nubia Velásquez Rico. Expedientes 54001-23-33-000-2013-01622-01 y 25000-23-36-000-2013-01293-02, respectivamente.

⁶ **Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.** La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones: (...) 3. Dictar auto o sentencia de unificación en los asuntos indicados en el artículo 271 de este código.

⁷ **Artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación.** (...) Las decisiones que pretendan unificar o sentar jurisprudencia sobre aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (...).

⁸ **Funciones.** La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estará integrada por los consejeros de las cinco secciones y tendrá las funciones especiales señaladas en la Constitución Política y en la ley.



Administrativo de la Corporación es competente para proferir auto de unificación de la jurisprudencia en el presente asunto y sobre los aspectos señalados.

2.2. Objeto del pronunciamiento

7. Conforme con las diferencias jurisprudenciales que se reseñaron anteriormente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debe fijar la interpretación de los artículos 188 y 243 de la Ley 1437 de 2011, antes y después de su modificación por la Ley 2080 de 2021, y el alcance que respecto de estas normas tiene la aplicación de las disposiciones del Código General del Proceso, concretamente el artículo 366, para definir si en los procesos contencioso administrativos el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales es apelable o no lo es.

8. Para resolver esta cuestión la Sala abordará los siguientes tópicos: i) apelación de autos en el régimen procesal contencioso administrativo ii) marco jurisprudencial sobre la apelación del auto que aprueba las costas procesales antes de la modificación de la Ley 1437 de 2011 iii) inexistencia de una antinomia entre el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y la remisión establecida en el artículo 188 *ejusdem* a las normas del Código General del Proceso para la liquidación y ejecución de la condena en costas iv) la unificación jurisprudencial que corresponde -reglas de unificación v) el caso concreto.

2.3 Apelación de autos en el régimen procesal contencioso administrativo

9. Conforme con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo⁹ – *Decreto 01 de 1984*-, para establecer la procedencia de la apelación de autos dictados en primera instancia, no se diferenciaba el nivel funcional en el que estos fueran dictados¹⁰, con lo cual, el recurso de alzada siempre resultaba procedente con independencia de que la providencia fuera proferida por los juzgados o por los tribunales administrativos.

10. El artículo 171 del Decreto 01 de 1984, en materia de condena en costas, remitía expresamente al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, y esta norma se ocupaba de la condena en costas. El artículo 393 desarrollaba la liquidación de las costas, disposición que no contemplaba el recurso de

⁹ Decreto 01 de 1984.

¹⁰ CCA. Artículo 181. Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales de los jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus secciones o subsecciones, según el caso; o por los jueces administrativos: 1. El que rechace la demanda. 2. El que resuelva sobre la suspensión provisional. 3. El que ponga fin al proceso. 4. **El que resuelva sobre la liquidación de condenas.** 5. El que apruebe o impruebe conciliaciones prejudiciales o judiciales. 6. El que decrete nulidades procesales. 7. El que resuelva sobre la intervención de terceros. 8. El que deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar pruebas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o deniegue su práctica. El recurso contra los autos mencionados deberá interponerse directamente y no como subsidiario de la reposición. Por regla general el recurso se concederá en el efecto suspensivo.



apelación, por lo que entonces no resultaba procedente dicho medio de impugnación.

11. La reforma introducida por la Ley 446 de 1998 a los artículos 171 y 181 del C.C.A., no modificó la situación descrita, porque en materia de condena en costas señaló que ésta se realizaría conforme a las normas del C.P.C., es decir, eliminó la referencia expresa al art. 392; sin embargo, mantuvo la remisión a las normas del régimen procesal civil, luego se entendía que para la liquidación de costas se aplicaba el artículo 393, que no contenía el recurso de apelación.

12. Con la modificación introducida por el Decreto 2289 de 1989 al Código de Procedimiento Civil, el auto que aprobaba la liquidación de las costas resultaba apelable, por disponerlo expresamente, siempre que se hubiese llevado a cabo el trámite de la objeción previsto en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

13. Con posterioridad el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010 derogó el inciso 2 del numeral 6 del artículo 393, que consagraba el recurso de apelación.

14. Con la expedición y entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el legislador, en el artículo 243 *ejusdem*, cambió la estructura del recurso de apelación en los procesos de esta jurisdicción en cuanto a su procedencia contra autos que se dictan en el curso del proceso contencioso administrativo, pues limitó su ámbito de aplicación a los proferidos por los tribunales administrativos.

15. La norma en cita es la siguiente:

“Artículo 243. Apelación. *Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

1. *El que rechace la demanda.*
2. *El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
3. *El que ponga fin al proceso.*
4. *El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
5. *El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
6. *El que decreta las nulidades procesales.*
7. *El que niega la intervención de terceros.*
8. *El que prescinda de la audiencia de pruebas.*
9. *El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.*

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.



El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

Parágrafo. *La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.” (subrayas fuera de texto)*

16. Como se observa, todo auto proferido en primera instancia por los jueces administrativos, que corresponda a las hipótesis contenidas en la disposición, es susceptible de apelación; sin embargo, la procedencia del recurso respecto de los autos dictados en primera instancia por los tribunales se autorizó exclusivamente en los supuestos de los numerales 1, 2, 3 y 4.

17. Por auto del 25 de junio de 2014¹¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo señaló que el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 introdujo dos criterios para determinar la procedencia del recurso de apelación contra autos.

18. Uno referido a la naturaleza de la decisión, que responde al listado de providencias pasibles de impugnación.

19. El otro es de carácter subjetivo, esto es, atendiendo al juez que profiere el auto, por cuanto son apelables las providencias de los numerales 1 a 9, dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y las referidas a los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la Ley 2437 de 2011 emanadas de los tribunales administrativos, las cuales, según el artículo 125¹² *ibidem*, corresponden a decisiones de sala, salvo que se dicten en única instancia, caso en el cual serán de la competencia del magistrado ponente.

20. De esta manera y fundamentado en esta interpretación sistemática de los artículos 125 y 243 señalados, el Consejo de Estado advirtió que las demás providencias dictadas en el trámite de la primera instancia por un tribunal administrativo no serían apelables.

21. Empero, al realizar una revisión más detallada de las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, encontró normas especiales dentro de esta misma codificación que consagran la procedencia del recurso de apelación respecto de providencias que no se enmarcan en los supuestos del artículo 243 *ejusdem*, misma razón que lo llevó a dilucidar el carácter enunciativo y no taxativo de esta

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (IJ) Auto de 25/06/2014. MP. Enrique Gil Botero. Expediente 25000-23-36-000-2012-00395-01. La Corporación resolvió, por razones de importancia jurídica, el recurso de queja formulado por la parte demandante el proferido dentro del trámite de la audiencia inicial, mediante el cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto que no declaró probada la excepción previa de ineptitud parcial de la demanda.

¹² Ley 1437 de 2011. Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.



última disposición, en aplicación del principio hermenéutico *lex specialist derogat generali*¹³.

22. A partir de lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso determinó que el Consejo de Estado sólo conoce de la apelación de las decisiones interlocutorias previstas en los numerales 1 a 4 del artículo 243, en normas especiales de la Ley 1437 de 2011 o en la legislación general contenida en el Código General del Proceso. Esta limitación se justificó en la finalidad de la reforma, cual es, introducir celeridad y eficiencia a la administración de justicia y promover su descongestión judicial, en garantía del derecho de acceso a la justicia.

23. En esta misma línea, mediante sentencia C-319 de 2015¹⁴ la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las expresiones: “*por los jueces administrativos*” y “*Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia*”, contenidas en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011.

24. La razón de esa decisión fue fijada de manera expresa en dicha sentencia, así: “*Regular de distinta manera el recurso de apelación respecto de providencias judiciales que, dentro del conjunto de las providencias interlocutorias no ponen fin a la actuación procesal ni tienen gran incidencia en ella, y que pueden considerarse en el trámite de la apelación de la sentencia o en el ámbito de otros mecanismos de protección de derechos, con fundamento en la autoridad que las profiere, con el fin de descongestionar al tribunal de cierre de una jurisdicción y, por tanto, garantizar un acceso a la justicia pronta y eficiente, constituye una diferencia de trato justificada en términos constitucionales.*”. Los motivos que sustentaron esa *ratio decidendi* son en esencia dos.

25. El primero, que legislador no vulneró su margen de configuración en materia procesal porque el medio empleado por la ley es adecuado al fin que

¹³ Citado en la providencia expresamente, así: “*Ley 57 de 1887. Artículo 5° que subrogó el artículo 10 del Código Civil, consagra lo siguiente: “Artículo 5. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. “Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: “1°. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; “2°. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.” (Negritas adicionales) (...)”.*

¹⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 27/05/2015. MP Mauricio González Cuervo. Expediente D-10483. En este asunto de solicitó declarar la inexecutable de las expresiones “por los jueces administrativos” y “Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia”, por considerarse que vulneran los artículos 2 y 13 de la Constitución. El actor señaló que esas expresiones prevén, injustificadamente, consecuencias jurídicas diferentes para un mismo supuesto normativo. Carece de justificación la diferencia de trato respecto de la apelación de las mismas providencias dictadas en primera instancia por tribunales y jueces, en idénticos medios de control y para proteger idénticos derechos, en tanto su procedibilidad es más restringida respecto de las dictadas por los primeros. La mera circunstancia de que sea un tribunal administrativo y no un juez administrativo el que tramite la primera instancia, lo que puede deberse a la cuantía de las pretensiones, no justifica que las providencias del primero no sean apelables cuando se configuren las causales previstas en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 243 de la ley 1437 de 2011, mientras que las del segundo sí lo sean. Este proceder carece de sustento y con ello desborda el amplio margen que tiene el legislador para regular la materia.



persigue, ya que al reducir el conjunto de providencias judiciales apelables dentro del conjunto de las providencias judiciales dictadas en los tribunales administrativos en primera instancia, se reduce la carga de trabajo del Consejo de Estado como tribunal de segunda instancia, lo que redundará de manera directa en la descongestión, eficiencia y celeridad buscada con la reforma.

26. El segundo, no halló vulnerado el derecho a la igualdad, dado el carácter relativo o no absoluto del principio de la doble instancia, toda vez que los hechos y las circunstancias relacionadas con dichas providencias pueden ser puestos en conocimiento del Consejo de Estado en el trámite del recurso de apelación de la sentencia.

27. Ahora bien, por ser relevante al objeto de esta decisión, se pone de presente que en esa decisión la Corte Constitucional acogió la conclusión a la que había llegado el Consejo de Estado previamente, referida a que de la enunciación del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 no es taxativa por existir otras providencias que son apelables al tenor de ese mismo cuerpo normativo o de las normas del Código General del Proceso aplicables; y que los autos no apelables, cuando se trata de un tribunal administrativo, son los proferidos por el magistrado ponente y no lo son cuando se dictan por la sala, sin perjuicio de aquellas otras providencias que sean apelables al tenor de disposiciones especiales.

28. Por otro lado, se destaca que al expedirse la Ley 1437 de 2011 el auto que aprueba la liquidación de las costas no era apelable conforme con las normas del Código de Procedimiento Civil, pues la Ley 1395 de 2010 suprimió dicho recurso para esa decisión.

29. Además, la Ley 1437 de 2011 cambió la fórmula de remisión que estaba contenida en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, he indicó en su artículo 188, que la liquidación y ejecución de las costas se regula por el Código de Procedimiento Civil.

30. Con dicho cambio, la norma ya no efectuó remisión expresa a las normas del procedimiento civil para efectos de la forma en que procede la condena en costas sino que únicamente lo hizo para su liquidación y ejecución, que, como se indicó, desde la entrada en vigor de la Ley 1395 de 2010 no permitía el recurso de apelación contra el auto que aprobara la liquidación¹⁵.

31. La norma que introdujo nuevamente la apelación del auto que aprueba la liquidación de las costas en el procedimiento civil fue el artículo 366 numeral 5 del Código General del Proceso.

¹⁵ Por este motivo, por la vía de la remisión general del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, tampoco resultaba apelable el auto que aprobaba la liquidación de las costas.



32. Teniendo en cuenta lo anterior, el auto que aprobaba la liquidación de las costas no fue apelable durante la vigencia de la Ley 1395 de 2010, de manera que al entrar a regir la Ley 1437 de 2011 dicho auto tampoco lo era en la jurisdicción contencioso administrativa, y sólo vino a ser apelable con la expedición del Código General del Proceso en 2012.

33. En todo caso, aunque esa codificación fue expedida el 12 de julio de 2012, dada la gradualidad de su implementación y el régimen de transición normativa consagrado en ella, entró a regir plenamente para la jurisdicción contencioso administrativa el 1 de enero de 2014, como lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con fines de unificación jurisprudencial en el auto de 25 de junio de 2014¹⁶.

34. Finalmente, la Sala destaca que el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021 modificó el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011. La nueva norma dispone lo siguiente:

Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

1. *El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
2. *El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
3. *El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.*
4. *El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.*
5. *El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.*
6. *El que niegue la intervención de terceros.*
7. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*
8. *Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.*

PARÁGRAFO 1º. *El recurso de apelación contra las sentencias y las providencias listadas en los numerales 1 a 4 de este artículo se concederá en el efecto suspensivo. La apelación de las demás providencias se surtirá en el efecto devolutivo, salvo norma expresa en contrario.*

PARÁGRAFO 2º. *En los procesos e incidentes regulados por otros estatutos procesales y en el proceso ejecutivo, la apelación procederá y se tramitará*

¹⁶ Consejo de estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 25/06/2014. MP. Enrique Gil Botero. Por razones de importancia jurídica la Sala unificó su jurisprudencia en relación con la entrada en vigor de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite. En dicha decisión explicó que atendiendo al régimen de transición normativa previsto en el artículo 624 de la ley 1465 de 2012, que remite para su realización a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a determinadas normas derogadas pero vigentes al momento de la actuación, se les concedió efecto ultractivo para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo. En este caso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, estimó mal denegado el recurso ordinario de queja, porque fue interpuesto antes del 1 de enero de 2014, y, por tanto, las normas de remisión del artículo 245 del CPACA son las contenidas en el CPC., vigentes para el momento de formulación del recurso, esto es, el 22 de octubre de 2013.



conforme a las normas especiales que lo regulan. En estos casos el recurso siempre deberá sustentarse ante el juez de primera instancia dentro del término previsto para recurrir.

PARÁGRAFO 3º. *La parte que no obre como apelante podrá adherirse al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la sentencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión, debidamente sustentado, podrá presentarse ante el juez que la profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior, hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite la apelación.*

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.

PARÁGRAFO 4º. *Las anteriores reglas se aplicarán sin perjuicio de las normas especiales que regulan el trámite del medio de control de nulidad electoral.”*

35. La lectura de esta norma permite establecer dos cambios regulatorios claros respecto del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y que se relacionan directamente con el asunto objeto de esta unificación.

36. El primero, proviene del enunciado normativo inicial. Consiste en que la procedencia del recurso de apelación contra autos no se sujetó a criterio subjetivo alguno, pues la decisión será apelable con independencia de que haya sido proferida por los jueces administrativos o por magistrados de los tribunales o del Consejo de Estado, bajo la condición de que sea dictada en el curso de la primera instancia.

37. El segundo se contempla en el numeral 8 de la disposición. Consagró una regla distinta a la que contiene el párrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011. Se deduce del numeral 8 que la nueva regla amplió el ámbito de aplicación del recurso de alzada a todos los autos proferidos en primera instancia, siempre que estén previstos como apelables bien en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o en norma especial.

38. Esa misma línea se ve reflejada en el párrafo segundo, introducido al artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, pues en él se hace referencia a que en los procesos e incidentes que se tramiten ante la jurisdicción contenciosa administrativa, cuya regulación esté contenida en otros estatutos procesales o en norma especial, el recurso de apelación procederá y se tramitará conforme a dichas normas que lo regulen.

39. **Por lo anterior, en cuanto a la interpretación del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021,** la literalidad de la nueva disposición es clara en regular de manera expresa la procedencia del recurso de apelación, que cobija la impugnación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas, toda vez que uno de los principales cambios que introdujo está contenido en el numeral 8, consistente en que, según



su tenor literal, son apelables todos los autos proferidos en primera instancia que lo sean por virtud de norma expresa o por virtud de la norma especial.

2.4 Marco jurisprudencial sobre la apelación del auto que aprueba las costas procesales, antes de la modificación de la Ley 1437 de 2011

40. Como lo reseñó la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado en el auto de 8 de febrero de 2021¹⁷, se reconoce en la Corporación la coexistencia de dos tesis jurisprudenciales divergentes que conllevan a resultados opuestos, frente a un mismo supuesto jurídico.

41. **Una tesis determina la improcedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas**, tendiendo a que el artículo 243 ibidem es la norma especial, que regula el recurso de apelación en los procesos contencioso administrativos, la cual no consagra entre las decisiones susceptibles de apelación señaladas en los numerales 1 a 9 la correspondiente al auto que aprueba la liquidación de las costas; y que, conforme con la literalidad de su párrafo, dicho recurso solo procede de conformidad con las normas previstas en la Ley 1437 de 2011, incluso cuando los trámites o incidentes se rijan por el procedimiento civil.

42. Esta posición emana de algunas decisiones de ponente de la Secciones Cuarta¹⁸ y Tercera¹⁹ de la Corporación. En esas mismas especialidades se hallan providencias²⁰ en las que se decide la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas. Respecto de la Sección Cuarta resultan mayoritarias aquellas que niegan la procedencia y en relación con la Sección Tercera ocurre lo opuesto. En ambos casos, las providencias fueron dictadas en medios de control ordinarios y/o en procesos ejecutivos, entre los años 2018 y 2021.

43. **A su turno, la otra posición jurisprudencial y que aparece mayoritaria en el Consejo de Estado**, señala que el auto aprobatorio de la liquidación de las costas es apelable, puesto que dicho recurso fue previsto contra esa decisión en el Código General del Proceso -numeral 5 del artículo 366-, norma que regula la materia de manera especial y a cuya aplicación remite el artículo 188 de la Ley

¹⁷ Que avocó el conocimiento del asunto con fines de unificación.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Auto de 28/11/2018. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Expediente 68001-23-33-000-2013-00320-02. Esta decisión se reiteró en Autos de 18/02/2019. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Expediente 68001-23-33-000-2013-00452-02; 24/04/2019. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Expediente 68001-23-33-000-2014-00183-02; 24/01/2020. MP. Stella Jeannette Carvajal Basto, Expedientes 05001-23-33-000-2014-01531-01 y 68001-23-33-000-2013-00458-02.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Proceso ejecutivo. Auto de 07/09/2020. MP. Guillermo Sánchez Luque. Expediente 05001-23-33-000-2016-02095-02. Subsección B. Medio de control de reparación directa. Auto de 16/07/2021. MP. Alexander Jojoa Bolaños (E). Expediente 25000-23-36-000-2015-01132-01.

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Auto de 28/11/2018. MP. Milton Chaves García. Expediente 68001-23-33-000-2013-00451-02. Auto de 02/09/2021. MP. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Expediente 05001-23-33-000-2016-00102-02.



1437 de 2011, así: “*Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*”.

44. Concretamente, los argumentos centrales, esgrimidos para señalar que el recurso de alzada es procedente contra el auto que aprueba la liquidación de las costas en los procesos contencioso administrativos dispuestas en las sentencias, son los siguientes²¹:

i) La Ley 1437 de 2011 no regula la liquidación y ejecución de la condena en costas, mientras que el Código General del Proceso si lo hace, por lo que deben aplicarse las normas de este último, bien por la remisión expresa que efectúa la norma especial que fija el artículo 188 de la Ley 1437 o por la integración normativa, prevista en el artículo 306 ejusdem.

ii) Si bien el artículo 243 de la Ley 1437 señala las decisiones de primera instancia que son susceptibles de ser apeladas, existe contradicción entre el párrafo del artículo 243 ejusdem y la remisión normativa que hace el artículo 188 ibidem al artículo 366 del Código General del Proceso, pues una y otra disposiciones regulan la procedencia del recurso de manera contradictoria; pues, al observar el artículo 243 la decisión aprobatoria de las costas no es apelable, mientras que, al seguir el artículo 366 por la remisión expresa del artículo 188, esa misma decisión sí lo es.

iii) El hecho de que el artículo 366 del Código General del Proceso sea la norma que desarrolla la liquidación y ejecución de las costas la torna especial en esta materia, razón por la cual prevalece en su aplicación respecto del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y en relación con la procedencia del recurso de apelación del auto que aprueba la liquidación de las costas en los procesos contencioso administrativos.

45. También se hallan decisiones de las distintas secciones del Consejo de Estado en las que se decide la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas, cuando esta deviene de autos interlocutorios de primera instancia, que dan lugar a ella.

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. En el sistema de relatoría de la Corporación se halló una única decisión que tuvo oportunidad de pronunciarse en sede de apelación respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas. En esta providencia no se hizo alusión a la procedencia del recurso pero se resolvió de fondo, lo cual tácitamente implica que se acogió la posición referida a la procedencia del recurso de apelación. **Sección Segunda. Nulidad y restablecimiento del derecho. Subsección A.** Auto del 17/09/2020. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Exp. 05001-23-33-000-2013-00451-02. Auto de 16/04/2020. MP. Rafael Fran cisco Suárez Vargas. Exp. Auto de 05/05/2021. MP William Hernández Gómez. Exp. 66001-23-33-000-2015-00550-02. Auto de 05/05/2021. MP William Hernández Gómez. Exp. 66001-23-33-000-2015-00196-02. Auto de 05/05/2021. MP William Hernández Gómez. Exp. 66001-23-33-000-2016-00786-02 **Subsección B.** Auto del 11/07/2018. MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Exp. 41001-23-33-000-2015-00307-0. Auto del 18/02/2021. MP. César Palomino Cortés. Exp. 76001-23-33-000-2015-00192-02. Auto del 11/03/2021. MP. César Palomino Cortés. Exp. 50001-23-33-000-2013-00347-02. Auto del 29/07/2021. MP. César Palomino Cortés. Exp. 52001-23-33-000-2017-00298-01. **Sección Tercera.** Subsección A. **Proceso ejecutivo.** Auto de 22/07/2019. MP. Carlos Alberto zambrano Barrera. Exp. 15001-23-31-000-1996-16048-02; **Nulidad y restablecimiento del derecho.** Auto de 26/02/2020. MP. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 25000-23-36-000-2013-01293-02. **Reparación directa.** Auto de 17/09/2021. MP Marta Nubia Velásquez Rico. 05001-23-33-000-2017-02494-02. **Sección Cuarta.** Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Auto de 28/11/2018. MP. Milton Chaves García. Expediente 68001-23-33-000-2013-00451-02. Auto de 02/09/2021. MP. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Expediente 05001-23-33-000-2016-00102-02. **Sección Quinta.** Debido a que en esta especialidad electoral se tramitan procesos donde se ventilan intereses públicos, esto es, las denominadas acciones o medios de control públicos o procesos objetivos o de mera legalidad, en la relatoría de la Corporación no se hallaron pronunciamientos que resuelvan sobre la procedencia o improcedencia del recurso de apelación.



46. En todas estas providencias se señala, en términos generales²², que la ausencia de regulación de esta materia en la Ley 1437 de 2011 da lugar a la aplicación de la regla prevista en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, que conlleva la procedencia del recurso de apelación al señalar:

“(...) 5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.”

47. Teniendo en cuenta las dos posiciones expuestas, la Sala concluye que en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso es apelable, bajo las consideraciones que expondrá a continuación.

2.5 Inexistencia de una antinomia entre los artículos 188 y 243 de la Ley 1437 de 2011

48. Como se indicó en precedencia, la divergencia interpretativa tiene como causa una posible contradicción entre el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 188 ibidem. Sin embargo, dicha antinomia es inexistente por las siguientes razones:

2.5.1. La apelación del auto que aprueba la liquidación de las costas no es un supuesto de hecho regulado por el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011

49. El artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 es una norma que se encarga de regular la apelación de los autos y de las sentencias proferidas en primera instancia. En cuanto a la procedencia del recurso contra los autos que allí se señalan, se trata de las providencias que se dictan en el transcurso del proceso y antes de que se dicte la sentencia, con el cual culmina el proceso.

50. A su turno, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 se ocupa de la condena en costas, decisión que debe adoptarse en la sentencia. Esta norma se ubica en un capítulo distinto del que regula los recursos ordinarios y su trámite, referido aquél a la sentencia y a su contenido, entre los cuales se encuentra el de la condena en costas, disposición que debe interpretarse de manera completa,

²² Algunas de las providencias se refieren a la procedencia del recurso de apelación haciendo referencia expresa al artículo 366 del CGP. Otras enfatizan en el carácter especial de dicha disposición y la remisión normativa efectuada en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. También hay algunas que señalan la especialidad del artículo 188 ejusdem respecto del artículo 243 de la misma codificación. Algunas se refieren a una contradicción entre el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 del CGP, y de ello derivan la especialidad de esta última disposición; hay otras que la derivan de la integración normativa ordenada en el 306 de la Ley 1437 de 2011.



debido al principio de inescindibilidad en la aplicación de la norma a la cual se remite.

51. Cada una de estas disposiciones resulta especial para la materia que regula, con lo cual, en este primer aspecto, no originan contradicción alguna, pues atienden institutos diferentes y situaciones distintas.

52. Por otro lado, según el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011 el proceso empieza con la admisión de la demanda y termina con la sentencia, que puede ser de primera o segunda instancia. La sentencia debe estar ejecutoriada para que se entienda que la causa ha terminado.

53. De conformidad con el artículo 302 del Código General del Proceso, las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria cuando son notificadas en estrados, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. Cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada, cuando se resuelva la solicitud.

54. Igualmente, las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los recursos interpuestos.

55. En vigencia del Código de Procedimiento Civil, artículo 393, la liquidación de las costas correspondía al tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quedara ejecutoriada la providencia que las imponía o la de obediencia a lo resuelto por el superior y, por esta razón, el monto de cada condena en costas se conocía cuando culminaba el trámite de cada liquidación, este modo de realizar la liquidación cambió sustancialmente al expedirse el Código General del Proceso.

56. En efecto, el artículo 366 del Código General del Proceso, en su primera parte dispone que la liquidación de las costas en los componentes de agencias en derecho y expensas se realiza de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior.

57. Lo que se confirma con el numeral 2 del artículo 366 *ejusdem*, que dispone “*Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.*”



58. La conclusión que se extrae de la lectura de estas disposiciones es que, ejecutoriada la sentencia termina el proceso y se abre paso a un trámite posterior, concretamente y en primer lugar, la **liquidación que es concentrada** de las costas y su aprobación, y luego, en segundo término, la ejecución de éstas.

59. Por esta razón, el auto que aprueba la liquidación de las costas es posterior a la terminación del proceso, es decir, **se trata de un asunto que no fue regulado por el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011** al no hacer parte del trámite procesal, que tiene lugar desde la admisión de la demanda y hasta la ejecutoria de la sentencia que le pone fin al proceso, sino que se trata de un asunto que se realiza de manera posterior y en forma concentrada.

60. Finalmente, se observa que la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas no contraria los principios de economía procesal y celeridad, privilegiados por el legislador con la reforma introducida por la Ley 1437 de 2011 a la jurisdicción contenciosa administrativa, pues el proceso concluye con la sentencia ejecutoriada, motivo por el cual, el trámite posterior de la liquidación de las costas, incluyendo los recursos procedentes según el estatuto procesal civil, no afectan el curso del proceso ni su pronta resolución.

2.5.2 El trámite de la liquidación de las costas no es un trámite o incidente del proceso, razón por la cual no está incluido en el parágrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011

61. Los incidentes se encuentran regulados en los artículos 209²³ y 210 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La primera disposición consagra los asuntos que se tramitan como incidentes del proceso, eventos previstos en los numerales 1 a 9 dentro de los cuales no se encuentra el relativo a la condena en costas.

62. Por su parte, el artículo 210²⁴ ibidem se ocupa de la oportunidad, trámite y efecto de los incidentes y de otras cuestiones accesorias. En el numeral 1 indica

²³ **Artículo 209. Incidentes.** Solo se tramitarán como incidente los siguientes asuntos: 1. Las nulidades del proceso. 2. La tacha de falsedad de documentos en el proceso ejecutivo sin formulación de excepciones y las demás situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para ese proceso. 3. La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución. 4. La liquidación de condenas en abstracto. 5. La adición de la sentencia en concreto cuando entre la fecha definitiva y la entrega de los bienes se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. 6. La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención. 7. La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor. 8. Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en este Código. 9. Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²⁴ **Artículo 210.** Oportunidad, trámite y efecto de los incidentes y de otras cuestiones accesorias. El incidente deberá proponerse verbalmente o por escrito durante las audiencias o una vez dictada la sentencia, según el caso, con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de



que quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer. En el inciso final señala que aquellos asuntos que no se tramiten como incidente, se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos.

63. De la literalidad de las disposiciones se observa que (i) los incidentes y las cuestiones accesorias son aquellas que expresamente se indiquen como tal en la ley; (ii) siempre se inician a petición de parte; (iii) quien los solicita debe allegar las pruebas que pretende hacer valer, así como poner de presente los hechos y argumentos en los que se fundamenta la petición.

64. A su turno, el párrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 indica que la apelación solo procederá de conformidad con las normas de dicha ley, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

65. Lo anterior implica que, todos los trámites incidentales y cuestiones accesorias reguladas en la ley, en materia de la procedencia del recurso de apelación contra las decisiones allí adoptadas así como el trámite mismo de dicho recurso de alzada, debe seguirse por las normas establecidas en la Ley 1437 de 2011.

66. Ahora bien, como la liquidación de las costas no se trata de un trámite o incidente de los señalados en dicho párrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, la regla allí establecida no le es aplicable.

67. Lo anterior, por cuanto la liquidación de las costas no requiere solicitud de parte alguna, ya que opera por mandato legal, de forma oficiosa y de manera concentrada, cuando culmina el proceso con la sentencia ejecutoriada; no está contemplada de manera expresa como un incidente o cuestión accesoria en el artículo 209 de la Ley 1437 de 2011; tampoco incide en el curso del proceso o en las decisiones que se tomen al interior del mismo, pues al ser posterior a la sentencia, no puede modificarla.

hechos ocurridos con posterioridad. La solicitud y trámite se someterá a las siguientes reglas: 1. Quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer. 2. Del incidente promovido por una parte en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas en caso de ser necesarias. 3. Los incidentes no suspenderán el curso del proceso y serán resueltos en la audiencia siguiente a su formulación, salvo que propuestos en audiencia sea posible su decisión en la misma. 4. Cuando los incidentes sean de aquellos que se promueven después de proferida la sentencia o de la providencia con la cual se termine el proceso, el juez lo resolverá previa la práctica de las pruebas que estime necesarias. En estos casos podrá citar a una audiencia especial para resolverlo, si lo considera procedente. Cuando la cuestión accesoria planteada no deba tramitarse como incidente, el juez la decidirá de plano, a menos que el Código de Procedimiento Civil establezca un procedimiento especial o que hubiere hechos que probar, caso en el cual a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la práctica de pruebas.



68. En consecuencia, la remisión establecida en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 al estatuto procesal civil en materia de liquidación y ejecución de las costas, no resulta contradictoria con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 243 de la ley 1437 de 2011.

2.5.3 El principio de inescindibilidad de la norma impide aplicar una disposición normativa de manera fraccionada

69. Este principio supone, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse o solucionarse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden aplicarse de manera fraccionada, para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

70. Aplicado al tema objeto de esta unificación implica que, como el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 remite expresamente a las disposiciones generales del procedimiento civil para la liquidación y ejecución de la condena en costas en materia contencioso administrativa, en la realización de dichos trámites el juez tiene vedado:

- i) prescindir de la aplicación de las normas del Código General del Proceso en la tramitación de la liquidación de la condena en costas.
- ii) aplicar normas distintas a la definidas por el legislador.
- iii) aplicar el régimen procesal civil para algunos aspectos de la liquidación y ejecución de la condena en costas, y para otros aplicar el régimen de la Ley 1437 de 2011.

71. Es decir, donde el legislador escogió el régimen jurídico aplicable, como es el caso de la liquidación y ejecución de la condena en costas, prevista en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 conforme con las normas del Código General del Proceso, el juez no puede reemplazar la ley y por esta vía aplicar una norma o régimen distinto al señalado.

72. En este caso, si se aplicara el parágrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del principio de inescindibilidad, no sería posible aplicar el artículo 366 del Código General del Proceso, norma a la que remite el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y, por consecuencia, el juez contencioso administrativo no tendría reglas para efectuar la liquidación de las costas, pues la Ley 1437 de 2011 no cuenta con ninguna otra disposición, distinta del artículo 188, que regule la materia.

73. Por el contrario, el régimen del Código General del Proceso previsto en materia de costas es completo, pues se ocupa de definir el concepto y



composición de las costas procesales, esto es, de las expensas y de las agencias en derecho y regula la forma o criterios en que procede su condena, así como lo atinente a su liquidación y ejecución.

74. Ante esa completitud del régimen de las costas, también resultaría incoherente al principio de inescindibilidad aplicarlo fraccionadamente para algunos aspectos y no para otros –como sería el caso de negar la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas-, máxime cuando ninguno de ellos está regulado en la Ley 1437 de 2011.

75. Sumado a lo anterior, es preciso señalar que la inescindibilidad es una expresión del **principio de favorabilidad**, según el cual no es viable desmembrar las normas legales o los regímenes jurídicos, esto es, que de ellas y de ellos se aplica lo favorable y lo desfavorable.

76. Si se deja de aplicar lo previsto en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, a efectos de tener como no apelable el auto que aprueba la liquidación de las costas y en su defecto se aplica el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, se vulneraría el principio señalado, porque la improcedencia de la apelación resulta restrictiva frente al ejercicio del derecho de contradicción y defensa y menos garantista del principio de la doble instancia, previsto en el artículo 31²⁵ constitucional.

77. Luego, la interpretación más garantiza los derechos de contradicción y defensa y el principio de la doble instancia es la que prohíba la interpretación integral de la institución de la liquidación y la ejecución de las costas procesales.

78. Adicionalmente, la liquidación de las costas constituye un trámite regulado únicamente por el Código General del Proceso y, para su realización en todas las jurisdicciones, los distintos ordenamientos efectúan una remisión a dicho estatuto²⁶, lo que evidencia que es un asunto compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa²⁷.

²⁵ CP. **Artículo 31.** Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

²⁶ Como se reconoce en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de las Judicaturas “En atención a las remisiones que los códigos de procedimiento laboral, penal y de lo contencioso administrativo hacen al estatuto procesal civil, se hace necesario regular de manera unificada las tarifas de agencias en derecho”.

De acuerdo con este reglamento, los artículos que hacen las correspondientes remisiones son los siguientes: i) Código Procesal del Trabajo, artículo 145 ii) Código de Procedimiento Penal, artículo 25 iii) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 188 y 306.

²⁷ Esto quiere decir que el trámite de la liquidación de las costas no es propio, único o exclusivo de la jurisdicción civil, verbigracia, también ocurre en los incidentes de reparación integral en el sistema penal acusatorio, como lo estableció la propia Corte Suprema de justicia: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal, Sentencia 34145 de 13/04/2011. MP. Sigifredo Espinosa. La Corte señaló que en los procesos penales del sistema acusatorio sí proceden las condenas en costas, pero solo para los gastos ocasionados dentro del trámite de reparación integral; que la condena en costas es oficiosa, de tal forma que no debe esperarse la petición de una de las partes; la condena en costas impuesta en la decisión que pone fin al incidente no puede atacarse por vía de casación, y su trámite se realiza conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil.



2.5.4 Conclusiones

79. Conforme con todo lo anterior, la Sala concluye que según lo dispuesto en la norma especial -artículo 188 de la Ley 1437 de 2011-, el auto que aprueba la liquidación de las costas es una providencia susceptible de ser controvertida mediante los recursos de reposición y apelación, pues así lo consagra expresamente el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, cuya aplicación resulta imperativa en los términos de la remisión normativa impuesta por el legislador.

80. Ello es así, porque si bien el parágrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 expresa que el recurso de apelación sólo procede conforme con las normas establecidas en esta codificación, incluso para aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil, la liquidación de las costas es un instituto que no se encuentra regulado por dicha disposición, ya que ocurre con posterioridad a la terminación del proceso y no se trata de un incidente del mismo.

81. Adicionalmente, por cuanto el artículo 188 *ibidem* ordena, clara y expresamente, que la liquidación y ejecución de la condena en costas se realice en los términos de las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, cuyo artículo 366 numeral 5 establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas, luego esta norma se aplica de manera íntegra.

82. Para la Sala esta interpretación no se aparta de la jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Constitucional, puesto que el catálogo de autos que son susceptibles de apelación al tenor del artículo 243 *ibidem*, no resulta taxativo sino enunciativo, por manera que existen en la Ley 1437 de 2011 otros autos interlocutorios que por disposiciones expresas y especiales son susceptibles del recurso de apelación²⁸, como es el caso del artículo 188 *ejusdem*.

83. Finalmente, como el artículo 47²⁹ de la Ley 2080 de 2021 no modificó el primer inciso del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, es claro que respecto del

²⁸ A la luz de la Ley 1437 de 2011 son susceptibles de apelación, además de las decisiones indicadas en su artículo 243, las siguientes: i) el auto que decide sobre las excepciones (artículo 180 CPACA); ii) el que liquida las condenas en abstracto (artículo 193 ib.); iii) el que acepta la solicitud de intervención de terceros (artículo 226 ib.); iv) el auto que niega la solicitud de intervención de terceros (artículo 226 ib.); v) el auto que fija o niega la caución junto con el auto que decreta la medida cautelar (artículo 232 ib.); vi) el auto que decreta una medida cautelar (artículo 236 ib.); vii) el auto que decida sobre la solicitud de suspensión provisional que reproduzca el acto suspendido (artículo 238 ib.); viii) la providencia que resuelve el incidente de responsabilidad por revocatoria de medida una cautelar (artículo 240 ib.); y ix) la providencia que resuelva sobre la sanción por incumplimiento de medida cautelar (artículo 241 ib.).

²⁹ **Artículo 188, adicionado el inciso segundo por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es del siguiente tenor:** “Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.” (subraya corresponde a la adición introducida al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011).



auto que aprueba la liquidación de las costas en primera instancia, se mantiene el carácter de decisión apelable por razón de la remisión expresa que en esta materia conservó el artículo 188 ejusdem a la aplicación de las normas del Código General del Proceso.

2.6 Regla de unificación

84. En vigencia de la Ley 1437 de 2011 el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales en la jurisdicción contencioso administrativa es apelable al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, disposición a la que remite el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Dicha apelación es procedente a partir del 1 de enero de 2014, fecha en la que entraron a regir las normas del Código General del Proceso para la jurisdicción contencioso administrativa.

85. Con la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso sigue siendo apelable.

2.7 El caso concreto

2.7.1 Antecedentes del proceso

86. La señora María Insmelda Alzate Giraldo presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos que le negaron la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios que estuvo vinculado a la DIAN.

87. Mediante sentencia del 26 de octubre de 2017, el Juzgado 15 Administrativo Oral del Circuito de Medellín negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho formuladas por la señora María Insmelda Alzate Giraldo, a efectos de que se reliquidara su pensión de vejez con el 85% del Ingreso Base de Liquidación -IBL- y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, y no con el IBL promedio de los últimos 10 años de cotización como lo dispuso la UGPP en la Resolución RDP 009128 del 27 de febrero de 2013.

88. En dicha sentencia el juzgado de conocimiento condenó en costas a la parte actora y tasó, a su cargo, la suma de seiscientos tres mil veintiocho pesos moneda legal corriente (\$603.028 M/LC), por concepto de agencias en derecho.



89. El apoderado de la demandante apeló la decisión dictada por el *a quo*. Solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y conceder las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho pensional, formuladas en la demanda.

90. Con fallo del 6 de agosto de 2019, la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia decidió el recurso de apelación, en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia y ordenar su devolución al juzgado de origen para su cumplimiento.

2.7.2 Trámite de la liquidación de las costas

91. Atendiendo a lo ordenado por el Juez 15 Administrativo Oral del Circuito de Medellín en auto del 3 de septiembre de 2019, la Secretaría del despacho liquidó las costas procesales con inclusión de las agencias en derecho en los términos dispuestos en las sentencias de primera -\$603.028- y segunda instancia -sin condena en costas-.

92. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, el despacho judicial aprobó la liquidación mediante auto del 16 de septiembre de 2019. Esta decisión se notificó por edicto fijado el 18 de septiembre de 2019.

93. Contra esta decisión, el 23 de septiembre de 2019 la parte actora, condenada al pago de las agencias en derecho, interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Pidió que las costas se liquiden en cero pesos (\$0.00).

94. El 26 de septiembre de 2019 el juez de primera instancia concedió el de apelación y remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia para la decisión correspondiente.

2.7.3 Del recurso de apelación en el caso concreto

95. **Oportunidad:** El recurso de apelación contra el auto que aprobó la liquidación de las costas se presentó de manera oportuna, en los términos del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, ya que la decisión recurrida del 16 de septiembre de 2019 se notificó por edicto fijado el 18 de 2019 y el recurso de alzada se interpuso el 23 de septiembre de dicha anualidad.

96. **Procedencia:** En atención a la regla jurisprudencial expuesta en esta providencia, el recurso de apelación presentado contra el auto del 16 de septiembre de 2019, mediante el cual se aprobó la liquidación de las costas es procedente.



Demandante: María Insmelda Alzate Giraldo
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP y
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN
Rdo: 11001-03-15-000-2021-11312-00

97. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitirá el recurso y se ordenará a la Secretaría General del Consejo de Estado que remita el expediente al Tribunal de origen para que, en atención a la competencia que le asiste al ser el juez de segunda instancia, resuelva el recurso de apelación presentado por el apoderado de la señora María Insmelda Alzate Giraldo contra el auto del 16 de septiembre de 2019.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de lo Contencioso Administrativo, en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR EL RECURSO DE APELACIÓN presentado por el apoderado de la señora María Insmelda Alzate Giraldo contra el auto del 16 de septiembre de 2019, que aprobó la liquidación de la condena en costas. En consecuencia, por Secretaría General del Consejo de Estado, **REMITIR** el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia para que desate el recurso de apelación pendiente.

SEGUNDO: Con fundamento en la solicitud de unificación jurisprudencial presentada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo **UNIFICA LA JURISPRUDENCIA DE AUTOS** en el siguiente sentido:

En vigencia de la Ley 1437 de 2011 el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales en la jurisdicción contencioso administrativa es apelable al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, disposición a la que remite el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Dicha apelación procede a partir del 1 de enero de 2014, fecha en la que entraron a regir plenamente las normas del Código General del Proceso para la jurisdicción contencioso administrativa. Con la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso sigue siendo apelable.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ
Salvamento de voto

ROCÍO ARAUJO OÑATE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Ausente con excusa



Demandante: María Insmelda Alzate Giraldo
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP y
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN
Rdo: 11001-03-15-000-2021-11312-00

MILTON CHAVES GARCÍA
Salvamento de voto

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Aclaración de voto

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Salvamento parcial de voto

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Salvamento de voto

SANDRA LISSETH IBARRA VÉLEZ
Salvamento parcial de voto

MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Aclaración de voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Aclaración de voto

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Salvamento parcial de voto

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Aclaración de voto

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Ausente con excusa

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Salvamento parcial de voto

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Aclaración de voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Ausente con excusa

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Salvamento de voto

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

PEDRO PABLO VANEGAS GIL

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

NICOLÁS YEPES CORRALES

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por todos los integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	11001-33-43-060-2018-00366-01
Sentencia	SC3-21012769
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ Y OTROS
Demandado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y OTRO
Tema	Privación injusta de la libertad. Ley 906 de 2004. SU 072 de 2018. Delito contra la libertad, integridad y formación sexual en menor de 14 años. Falsa denuncia. Incriminación falsa. En el momento en que se profirió la medida de aseguramiento, la misma resultaba ser legal, necesaria, razonable y proporcional. Inexistencia de antijuridicidad del daño. Confirma sentencia de primera instancia.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por los señores Patrocinio Rivera Dueñez, Dominga Alix Dulcey Caicedo, Jairo David Rivera Dulcey, Daniel Rivera Dulcey, José Antonio Rivera Dulcey, Lisandro Rivera Dulcey, Lucero Rivera Dulcey, Luis Arturo Rivera Dulcey, Sandra Milena Rivera Dulcey, Sarith Xiomara Rivera Gómez, Yeferson Daniel Rivera Forero y Deiby Damián Rivera Forero contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 31 de agosto de 2018, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial donde se convocó a audiencia de conciliación a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación. La audiencia se llevó a cabo el 29 de octubre de 2018 y el mismo día se emitió la correspondiente constancia.

El 1º de noviembre de 2018 la parte actora presentó demanda de reparación directa contra la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Patrocinio Rivera Dueñez.

En el acápite de pretensiones de la demanda se solicitó:

"1.- Declarar administrativa y patrimonialmente responsables, de forma solidaria a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, representados por el Fiscal General de la Nación, el señor Néstor Humberto Martínez Neira, el Director de la Rama Judicial José Mauricio Cuestas, respectivamente, o quienes hagan sus veces, por la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor **PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ**, durante el lapso comprendido entre el **10 de junio de 2015 y el 14 de septiembre de 2016**, así como el error

judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, sumado a las implicaciones que dicha privación le ha generado hasta el momento a toda la familia.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración, se reconozcan e indemnicen los siguientes perjuicios:

2.1. PERJUICIOS MORALES:

Reconocer y pagar a favor de:

- PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.699.095, en calidad de VÍCTIMA DIRECTA, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DOMINGA ALIX DULCEY CAICEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.273.456, en calidad de esposa de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- JAIRO DAVID RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.193.208.638, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DANIEL RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.101.683.907, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- JOSÉ ANTONIO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.033.750.996, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LISANDRO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.101.685.819, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LUCERO RIVERA DULCEY, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.272.707, en calidad de hija de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LUIS ARTURO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.698.362, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- SANDRA MILENA RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.419.894, en calidad de hija de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- SHARIT XIOMARA RIVERA GÓMEZ, identificado con registro civil de nacimiento No. 1.186.963.891, en calidad de nieta de la víctima, la suma de NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

- YEFERSON DANIEL RIVERA FORERO, identificado con registro civil de nacimiento No. 1.101.691.580, en calidad de nieto de la víctima, la suma de NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DEIBY DAMIÁN RIVERA FORERO, identificado con registro civil de nacimiento No. 1.101.546.640, en calidad de nieto de la víctima, la suma de NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES

El salario mínimo aplicable será el fijado para la anualidad en la que quede en firme la sentencia que ponga fin al proceso.

2.2. DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS.

A título de reparación integral solicito que las entidades demandadas:

1. Publiquen en diario de amplia circulación nacional la sentencia condenatoria.
2. Pidan excusas públicas en el municipio de Confines – Santander por los hechos ocurridos.
3. Garantice la atención médica y psicológica de forma permanente a PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ.
4. Divulgar en las Fiscalías, Juzgados, Tribunales y Dependencias Judiciales, el contenido de la providencia condenatoria.
5. Implemente campañas al interior de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial que eviten este tipo de injusticias.

Con lo anterior se busca honrar la tragedia ocasionada a PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, brindar garantías de una vida íntegra y normal, generar un estado de reconciliación por parte de sus familiares, así como bscar medidas de no repetición con la población.

Teniendo en cuenta que las medidas solicitadas no son suficientes para reparar de forma integral el grupo familiar del demandante, y en el entendido que existe la obligación de indemnizar los daños inmateriales por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados de manera separada al constituirse en una nueva categoría de perjuicios, como se expone en el acápite de "FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES DE LOS PERJUICIOS MATERIALES E INMATERIALES", solicito reconocer y pagar a favor de:

- PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.699.095, en calidad de VÍCTIMA DIRECTA, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DOMINGA ALIX DULCEY CAICEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.273.456, en calidad de esposa de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- JAIRO DAVID RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.193.208.638, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DANIEL RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.101.683.907, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- JOSÉ ANTONIO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.033.750.996, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LISANDRO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.101.685.819, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LUCERO RIVERA DULCEY, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.272.707, en calidad de hija de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LUIS ARTURO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.698.362, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- SANDRA MILENA RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.419.894, en calidad de hija de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.3. POR LESIÓN A LA HONRA, EL HONOR Y EL BUEN NOMBRE:

Reconocer y pagar, como daño autónomo e independiente, a favor de PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.699.095 en calidad de VÍCTIMA DIRECTA, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.4. POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Reconocer y pagar, como daño autónomo e independiente, a favor de PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.699.095 en calidad de VÍCTIMA DIRECTA, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.5. POR DAÑOS A LA SALUD.

Reconocer y pagar, como daño autónomo e independiente a favor de:

- PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.699.095, en calidad de VÍCTIMA DIRECTA, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DOMINGA ALIX DULCEY CAICEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.273.456, en calidad de esposa de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- JAIRO DAVID RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.193.208.638, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- DANIEL RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.101.683.907, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- JOSÉ ANTONIO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.033.750.996, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LISANDRO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.101.685.819, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LUCERO RIVERA DULCEY, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.272.707, en calidad de hija de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- LUIS ARTURO RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.698.362, en calidad de hijo de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
- SANDRA MILENA RIVERA DULCEY, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.419.894, en calidad de hija de la víctima, la suma de CIENTO OCHENTA (180) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

2.6. PERJUICIOS MATERIALES

LUCRO CESANTE

Se solicita que se condene a las entidades demandadas a pagar indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor del señor PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ (víctima), la suma que se obtiene de calcular los salarios dejados de percibir como agricultor, por el término que estuvo privado de la libertad, más el lapso que la persona requiere para acondicionarse a una actividad laboral luego de haber obtenido

su libertad, de acuerdo con la posición jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado, equivalentes a **\$24.961.329**.

3.- POR INTERESES. Se cancelarán al demandante, o a quien o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia o del auto aprobatorio de la conciliación judicial. (...)”.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que el señor Patrocinio Rivera Dueñez fue injustamente incriminado por su hija menor Omaira Rivera Dulcey por la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos agravados.

Se indicó que las menores hijas del demandante Omaira Rivera Dulcey y Deisy Juliana Rivera Dulcey, junto con Mariana Cárdenas Sanabria, compañera de la escuela de las adolescentes señaladas, en el municipio de Palmas del Socorro - Santander, inventaron que Omaira era víctima de tocamientos por parte de su padre, el señor Rivera Dueñez, con la finalidad de que el demandante fuera privado de la libertad y ellas pudieran viajar a Bogotá para residir con su hermana mayor Lucero Rivera Dulcey.

Se afirmó que una vez Deisy Juliana Rivera Dulcey comunicó a la docente Sonia Viviana Ordóñez lo que presuntamente sucedía con su hermana Omaira, el caso se puso en conocimiento de la Comisaría de Familia del municipio quien inició un procedimiento de restablecimiento de derechos y denunció los hechos a la Fiscalía General de la Nación.

Se sostuvo que pese a que a finales de 2009 las menores se arrepintieron de lo sucedido y se acercaron a la Comisaría de Familia y a la Fiscalía General de la Nación para confesar la verdad de los hechos, ninguna de las entidades adelantaron una investigación para corroborar lo sucedido. Por el contrario, cinco (5) años después, la Fiscalía General de la Nación solicitó expedición de orden de captura contra el señor Patrocinio Rivera Dueñez.

Se manifestó que en audiencia del 10 de junio de 2015 se legalizó la captura del señor Rivera Dueñez y se impuso medida de aseguramiento intramural en su contra. Ello, pese a que ni el Juez de Control de Garantías ni la Fiscalía contaban con otro medio probatorio diferente a la versión de la menor Omaira Rivera Dulcey, quien además ya se había retractado de los hechos.

Se señaló que el proceso penal transcurrió y aunque el defensor del señor Rivera Dueñez solicitó la libertad del demandante por vencimiento de términos, ello fue negado aún cuando conocían desde el inicio que, de los elementos materiales probatorios, no existía un convencimiento sólido en torno a los hechos sucedidos y la responsabilidad penal del demandante.

Se arguyó que, finalmente, en audiencia de juicio oral del pasado 14 de septiembre de 2016 se profirió sentencia absolutoria, donde a partir del análisis de las pruebas recaudadas y practicadas en el proceso, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Socorro – Santander evidenció que se había tratado de “una ideación fortuita, dañosa de parte de tres menores de edad hacia un padre de familia, todo por el prurito de alcanzar una satisfacción de vida que, para ese momento, para ellas se avistaba como la más conveniente”.

Se adujo así que se encontraban probadas las fallas en las que incurrió la Fiscalía General

de la Nación y la Rama Judicial que conllevaron a que el señor Patrocinio Rivera Dueñez estuviera privado de la libertad por un término superior a un (1) año.

2. Actuación procesal en primera instancia administrativa.

El 8 de noviembre de 2018 el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Tercera admitió la demanda (fl. 529, c. 2). Una vez surtido el trámite de notificaciones de que trata el artículo 171 del C.P.A.C.A., el 14 de diciembre de 2018 la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda (fls. 540-576, c. 2). El 25 de febrero de 2019, la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó su contestación (fls. 591-608, c. 2).

El 22 de mayo de 2019 se realizó audiencia inicial, se corrió traslado para alegar de conclusión debido a que no existían pruebas pendientes por decretar y practicar y se emitió fallo de primera instancia en la misma diligencia (fls. 622-629, c. 4).

3. Sentencia de primera instancia.

En audiencia inicial del 22 de mayo de 2019, el Juez 60 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante en el numeral segundo de la providencia.

Como sustento de su decisión, señaló el Juez de primera instancia que se encontraban probadas las eximentes de responsabilidad denominadas hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima. Indicó que los señalamientos realizados por la presunta víctima, el informe psicológico practicado a la menor y otras pruebas recaudadas permitieron al Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva por la posible participación del demandante en los hechos investigados.

Consideró el fallador de primera instancia que fue el actuar de las menores Omaira y Deisy Juliana Rivera Dulcey la causa eficiente del daño antijurídico endilgado a la demandada, debido a que fueron ellas quienes pusieron en marcha el ente acusador y propiciaron que se adelantara toda una investigación penal en contra del señor Patrocinio Rivera Dueñez por el presunto delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, siendo en etapa de juicio oral donde se pudo establecer la falsedad de la denuncia realizada. Manifestó que esta actuación resultaba irresistible e imprevisible para la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, por lo que se configuraba el eximente de responsabilidad de hecho de un tercero, el cual rompía el nexo de causalidad requerido para que se estructurara la responsabilidad del Estado en el sub lite.

Argumentó igualmente que frente a Omaira y Deisy Juliana Rivera Dulcey se configuraba el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

La sentencia de primera instancia fue debidamente notificada por estrados a las partes. La demandante interpuso recurso de apelación en oportunidad (fls. 622-629, c. 4).

II. RECURSO DE APELACIÓN.

El 6 de junio de 2019, la demandante sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada en primera instancia e indicó que se encontraba inconforme con la declaratoria de configuración de la eximente de responsabilidad de hecho de un tercero y la condena en costas.

Reiteró que se encuentra probado el daño antijurídico ocasionado a los demandantes dentro del proceso penal adelantado en contra del señor Patrocinio Rivera Dueñez pues se impuso restricción a su libertad y finalmente se resolvió su absolución mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

Señaló que se acreditó que la menor Omaira Rivera Dulcey se arrepintió de seguir sosteniendo la mentira que incriminaba a su padre y aunque los demandantes acudieron a varias instituciones del Estado para aclarar la situación, allí no sólo le manifestaron a la menor que debían esperar el curso de la investigación, sino que la intimidaron, amenazándola con las graves consecuencias legales que acarrearía su retractación. Adicional a que se encontraba probado que dentro del proceso penal se ordenaron valoraciones en el Instituto Nacional de Medicina Legal donde se corroboró que la menor no había sido abusada sexualmente.

Indicó que pasaron cinco (5) años y nueve (9) meses sin que la Fiscalía General de la Nación realizara las actuaciones tendientes a verificar si alguna de las acusaciones realizadas contra el señor Rivera Dueñez era verídica, incluida la retractación de la menor Omaira Rivera Dulcey, por lo que se encontraban probadas las fallas en las que incurrieron las demandadas: la Fiscalía, al hacer caso omiso a su deber de investigar, y el Juez de Control de Garantías, por omitir su deber de proteger las garantías constitucionales del demandante, cuando se decretó una orden de captura en su contra con tan escaso material probatorio y cuando se accedió a la medida de aseguramiento de carácter intramural solicitada por la Fiscalía, sin que se pudiera inferir razonablemente su participación en los hechos imputados.

Concluyó entonces que, al realizarse un análisis de las pruebas, se podía determinar que el señor Patrocinio Rivera Dueñez fue víctima no de su hija, porque la misma decidió manifestar la verdad antes de que decidieran privar de la libertad al demandante, sino de la inactividad de la Fiscalía General de la Nación y del Juez de Control de Garantías.

En este mismo sentido, arguyó que no se configuró la causal eximente de responsabilidad de hecho de un tercero pues i) las causas exclusivas del daño fueron las omisiones en las que incurrieron las demandadas, ii) quien activó el aparato jurisdiccional era una menor de 14 años a quien no se le podía exigir que midiera las consecuencias de sus actos y iii) era previsible y resistible para la Fiscalía la ocurrencia del daño antijurídico, pues contó con un término superior a los cinco (5) años para adelantar la investigación correspondiente.

Señaló que con posterioridad a la sentencia de unificación del Consejo de Estado con fecha del 15 de agosto de 2018 se han proferido más de veinticuatro (24) pronunciamientos jurisprudenciales donde se han accedido a las pretensiones de la demanda por la privación injusta de la libertad de diferentes ciudadanos, en los que se ha advertido que para la imposición de la medida de aseguramiento deben presentarse indicios graves que permitan inferir que es necesaria la imposición de la medida pues, de no ser así, se configuraría un evidente daño a su derecho fundamental a la libertad. Pronunciamientos que también encuentran fundamento en el precedente jurisprudencial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En último lugar, afirmó que debía revocarse la condena en costas debido a que no existió temeridad, ni se actuó con mala fe al momento de interponer la demanda de la referencia pues la única finalidad perseguida es la indemnización de perjuicios causados a los demandantes con la ocurrencia del daño antijurídico (fls. 630-649, c. 4).

Con auto del 13 de junio de 2019 se concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 651, c. 4).

Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el 17 de julio de 2019 fue admitido el recurso formulado por la demandante. El 28 de agosto del mismo año se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir el concepto correspondiente (fls. 656 y 661, c. 4).

El 2 de septiembre de 2019, el apoderado judicial de la Fiscalía General de la Nación alegó de conclusión. Indicó que dentro del proceso penal adelantado contra el señor Patrocinio Rivera Dueñez la entidad actuó de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y la Ley 906 de 2004. Señaló que recaudó los elementos materiales probatorios requeridos para solicitar la imposición de medida de aseguramiento en contra del demandante y que, en todo caso, es el Juez de Control de Garantías quien decide sobre la libertad del indiciado. Arguyó que el daño causado a los demandantes no era antijurídico debido a que el señor Rivera Dueñez se encontraba en el deber legal de soportarlo y primaba el principio pro infans donde prevalecen los derechos de los menores. Sostuvo entonces que el presunto daño no podía ser atribuido a la Fiscalía General de la Nación (fls. 664-669, c. 4).

El 11 de septiembre del mismo año, el apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión donde reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 670-677, c. 4).

La apoderada judicial de la Nación – Rama Judicial alegó de conclusión. Argumentó que la privación de la libertad sólo deviene en injusta cuando ha sido consecuencia de una decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que trasgrede los procedimientos establecidos por el legislador. Indicó que debía tenerse en cuenta que la medida de aseguramiento fue impuesta por el Juez de Control de Garantías, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, pues se trató de un delito de actos sexuales contra una menor, por lo que era obligatorio dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2009, Código de Infancia y Adolescencia, que de manera expresa prohíbe otorgar al autor de delitos contra menores y adolescentes medidas no privativas de la libertad por la gravedad que estos delitos revisten para la sociedad, de conformidad con la sentencia C-037 de 1996. Asimismo, sostuvo que en el caso en concreto existía ausencia de daño antijurídico e inexistencia de título de atribución de responsabilidad, aunado a que se configuraban las eximentes de responsabilidad indicadas por el Juez de primera instancia (fls. 678-683, c. 4).

El Procurador no emitió concepto.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Problemas jurídicos.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte actora en el recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer los siguientes interrogantes:

- ✓ ¿Se encuentra acreditado en el proceso la responsabilidad de las entidades demandadas por la privación de la libertad que el señor Patrocinio Rivera Dueñez sufrió como consecuencia del proceso penal que se adelantó en su contra, y que terminó con fallo absolutorio donde se probó que la denuncia realizada por su menor hija era falsa? En caso que la respuesta sea positiva, ¿Concorre la causal eximente de responsabilidad del estado del hecho de un tercero?
- ✓ ¿Debe revocarse la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia contra la parte demandante?

Tesis de la Sala.

- ✓ Para la Sala no se encuentra acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad del Estado, esto es, la existencia de un daño antijurídico, pues la medida de aseguramiento impuesta al señor Patrocinio Rivera Dueñez resultó ser legal, razonable y proporcional, teniendo en cuenta que al momento de la imposición de la misma (10 de junio de 2015) se contaban con elementos probatorios suficientes de los cuales se podía inferir razonablemente que el imputado pudo ser el autor del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años tales como los diferentes informes psicológicos, entrevistas y la denuncia penal que daban cuenta de lo presuntamente acontecido, sin que se pudiera esclarecer los hechos sino hasta el juicio oral y, específicamente, con la prueba sobreviniente que permitió al Juez de conocimiento concluir que la versión de retractación de la víctima por falsa denuncia era libre, voluntaria y espontánea. Por tanto, teniendo en cuenta que para el momento de la expedición de la medida de aseguramiento la misma era necesaria para la protección de la presunta víctima, el daño alegado debía ser soportado por el accionante.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que no hay lugar a estudiar la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, se confirmará la sentencia del a quo, pero por las razones aquí expuestas.

- ✓ Debe revocarse la condena en costas impuesta por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá conforme a los postulados consagrados en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 103 ibídem, los artículos 2 y 230 de la Constitución Política, así como el artículo 306 del C.G.P., pues no se advierte una conducta contradictoria o temeraria de la parte actora, ni existe prueba que así lo justifique.

Para dar respuesta al problema jurídico antes planteado, la Sala estudiará la responsabilidad extracontractual del Estado, la responsabilidad administrativa por privación injusta de la libertad en el marco del proceso de la Ley 906 de 2004, la sentencia SU – 075 de 2018, aclaración respecto a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 del Consejo de

Estado, la condena en costas en la jurisdicción contencioso administrativa y el caso en concreto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, y el valor de la pretensión mayor individualmente considerada no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 153 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

2. Caducidad de la acción.

En concordancia con el ordinal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el día siguiente del acaecimiento de la acción, hecho, omisión u operación administrativa causante del daño antijurídico, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

En los casos en los que el daño antijurídico que se alega es la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento en el cual el sindicado recupera su libertad y/o la providencia absolutoria queda ejecutoriada - lo último que ocurra -¹².

En el presente asunto la caducidad debe contarse desde el 5 de mayo de 2017, día siguiente al que quedó ejecutoriada la sentencia absolutoria proferida a favor del señor Patrocinio Rivera Dueñez, por ser lo último que ocurrió. Luego, la demanda del 1º de noviembre de 2018 fue presentada de forma oportuna, pues el término de caducidad se interrumpió entre el 31 de agosto y el 29 de octubre de 2018, por el agotamiento del requisito de procedibilidad consistente en la conciliación extrajudicial y la misma fue presentada cuando aún faltaban 241 días para que operara dicho fenómeno jurídico.

3. Legitimación en la causa.

Por activa.

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, de conformidad con los siguientes medios probatorios:

1 Al respecto consultar, por ejemplo, Sentencia del 14 de febrero de 2002. Exp: 13.622. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Dicho criterio ha sido reiterado por la Subsección en sentencia de 11 de agosto de 2011, Exp: 21801, así como por la Sección en auto de 19 de julio de 2010, Radicación 25000-23-26-000-2009-00236-01(37410), Consejero Ponente (E): Dr. Mauricio Fajardo Gómez; y en sentencia de 8 de febrero de 2017, radicación número 73001-23-31-000-2009-00278-01(42734) Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00251-01(42658)

Demandante	Parentesco	Prueba
Patrocinio Rivera Dueñez	Víctima directa	Proceso penal con CUI No. 68755310400120150001900 (c. 1 y 2).
Dominga Alix Dulcey Caicedo	Cónyuge	Registro civil de matrimonio (fl. 96, c. 1).
Jairo David Rivera Dulcey	Hijo	Registro civil de nacimiento (fl. 85, c. 1).
Daniel Rivera Dulcey	Hijo	Registro civil de nacimiento (fl. 86, c. 1).
José Antonio Rivera Dulcey	Hijo	Registro civil de nacimiento (fl. 87, c. 1).
Lisandro Rivera Dulcey	Hijo	Registro civil de nacimiento (fl. 88, c. 1).
Lucero Rivera Dulcey	Hija	Registro civil de nacimiento (fl. 89, c. 1).
Luis Arturo Rivera Dulcey	Hijo	Registro civil de nacimiento (fl. 90, c. 1).
Sandra Milena Rivera Dulcey	Hija	Registro civil de nacimiento (fl. 91, c. 1).
Sarith Xiomara Rivera Gómez	Nieta	Registro civil de nacimiento donde consta que José Antonio Rivera Dulcey, hijo de la víctima directa, es su progenitor (fl. 92, c. 1).
Yeferson Daniel Rivera Forero	Nieto	Registro civil de nacimiento donde consta que Daniel Rivera Dulcey, hijo de la víctima directa, es su progenitor (fl. 93, c. 1).
Deiby Damián Rivera Forero	Nieto	Registro civil de nacimiento donde consta que Daniel Rivera Dulcey, hijo de la víctima directa, es su progenitor (fl. 94, c. 1).

Por pasiva.

La Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación se encuentran legitimadas en la causa por pasiva en la medida en que se encuentra acreditado que contra el señor Patrocinio Rivera Dueñez se adelantó un proceso penal en el marco de la Ley 906 de 2004 donde se profirió medida de aseguramiento en contra de la demandante y, posteriormente, se resolvió declarar su absolució. Por tanto, teniendo en cuenta que ambas entidades demandadas adelantaron actuaciones dentro del señalado proceso penal que presuntamente conllevaron a la privaci3n injusta de su libertad, se acredita su calidad para comparecer como demandadas dentro del presente proceso.

4.- Argumentaci3n Jurídica.

4.1.- Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Estado Social de Derecho tiene como característica esencial la inclusión de una carta de derechos constitucionales como los mecanismos idóneos y efectivos de protección de los mismos en cabeza de los titulares de tales derechos, asimismo está fundado en una concepción antropológica, pluralista y participativa del ejercicio del poder, de tal forma que su vocación esencial es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la protección de todas las personas³.

La responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, dentro de este nuevo paradigma, fue "constitucionalizada"⁴ al incluirse en el artículo 90 de la Constitución la fórmula básica donde la persona es convertida en víctima debido al daño antijurídico que, por acción u omisión, le es imputable a la autoridad pública. Luego, dos elementos: daño antijurídico e imputación, son los que determinan la responsabilidad del Estado.

El daño es la lesión o menoscabo del interés jurídico tutela y la antijuridicidad se predica del deber jurídico que debe soportar o no el lesionado, ya sea porque vulnera la Carta Política o la ley, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."⁵ Mientras que la imputación es la atribución fáctica o jurídica que se hace al Estado por el daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de éste al administrado, conforme a los criterios jurídicos que se han establecido o lleguen a crearse para atribuir en caso concreto el daño antijurídico, como es la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción del riesgo excepcional.

Ahora bien, la relación de la persona con el Estado está fundada precisamente ese pacto original y en esa renovada confianza en la acción de las autoridades públicas en el respeto, garantía y protección de sus derechos constitucionales, de tal forma que luego de la vida, la libertad es inherente a la persona humana y como valor, principio y derecho fundamental opera como fundamento de las instituciones políticas⁶.

Luego, si primero es la persona y sus derechos que tienen un fin en sí mismo, el Estado y sus autoridades sólo pueden ser un instrumento para tal fin. Desde esta perspectiva la limitación a la libertad es una excepción pues la Constitución en esta materia ha dispuesto como garantía precisamente la reserva de ley, el debido proceso, la presunción de inocencia, el juez natural, entre otros⁷.

En consecuencia, en principio, toda afectación a la libertad personal es un daño que no tendría por qué soportarlo siempre que resulte antijurídico y le sea atribuido a la acción u omisión del Estado.

4.2. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad tiene su razón de ser desde la misma estructura y concepción de nuestro actual Estado Social de Derecho, que

3 Constitución Política de Colombia, artículo 2º.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 26 de abril de 2017, Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00240-01(42592). CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

5 Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

6 Constitución Política de Colombia, artículos 13 y 28.

7 Constitución Política de Colombia, artículos 28 a 33.

se fundamenta en principios esenciales como la dignidad y la libertad humana, donde se le reconoce al individuo un papel determinante en el que claramente no puede ser instrumentalizado de ninguna manera, y la libertad personal constituye un baluarte incalculable en el desarrollo de cualquier proyecto de vida.

Por su parte, el principio de libertad se encuentra inescindiblemente ligado a la dignidad humana, que se desarrolla en un amplio catálogo de derechos o libertades fundamentales, constitucionalmente consagradas, que implican un ejercicio responsable de los mismos y de las autoridades al momento de reconocerlos en casos específicos. De tal manera, que se tienen postulados como el consagrado en el artículo 28 de la C.P. que reza:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

A la luz de este precepto normativo, se advierten dos espectros de la libertad humana, pues por un lado hace un reconocimiento a ésta y su existencia en un sentido lato, y por otro lado, evidencia la posibilidad de limitarla, en razón de la necesidad social de investigar y sancionar las conductas punibles. Y es precisamente en este punto donde adquiere relevancia el concepto de carga pública, pues conforme al postulado constitucional todo ciudadano puede estar incurso de una investigación penal, en virtud de la cual puede afectársele su derecho fundamental a la libertad por autoridad competente, quien además al mismo tiempo es la garante y guardián de la misma, y le corresponde confrontar las pruebas e indicios que en su momento se presentan, a fin de evaluar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva de la libertad.

Ahora bien, es viable, y así lo previó el legislador, que en el ejercicio de la actividad jurisdiccional se cometan errores, y se incurra en una privación innecesaria e indebida de la libertad, ante cuyo evento es completamente legítimo exigir la reparar el daño causado, por quien fue detenido injustamente, de tal manera que el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 dispuso:

Art. 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

A su vez, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 señala que "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios."; por su parte, el artículo 29 Constitucional consagra, entre otras, la presunción de inocencia.

4.3. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el marco de la Ley 906 de 2004.

Al tenor de los artículos 90 de la Constitución Política y 66 de la Ley 270 de 1996, “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, y “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

La privación injusta de la libertad en su desarrollo jurisprudencial ha tenido tres etapas⁸: a) la teoría subjetiva o restrictiva, donde se debe demostrar o probar⁹ el error judicial causado por la decisión arbitraria o ilegal¹⁰; b) La teoría del error judicial basado en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal¹¹⁻¹² fue ampliado pues permitió que la víctima pudiera demostrar la injusticia de la privación fundado otras causas¹³; c) La objetiva bajo el título de imputación de daño especial por el evento de la privación injusta de la libertad, consignada en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente No. 23.354.

Esta última postura se suscitó a raíz del debate que se dio frente a casos donde se absolvía al sindicado con fundamento en el principio de “indubio pro reo” pues esta no era una de las causales específicas de exclusión o de responsabilidad señaladas en la ley cuando se había decretado una medida de aseguramiento con privación de la libertad. Para resolver esta problemática la Sala Plena partió de la cláusula general de la responsabilidad Estatal establecida en el artículo 90 de la Constitución, la cual no admite que “preceptos infraconstitucionales” limiten o restrinjan su alcance, aun cuando sí pueden estar “precisados”.

Cuando el sindicado de responsabilidad penal privado de la libertad es exonerado en aplicación del principio “in dubio pro reo”, lo que se observa es que el proceso penal y todas las decisiones adoptadas dentro del mismo son estrictamente ajustadas a derecho; sin embargo, la injusticia de la privación de la libertad deriva de que la víctima no se encontraba en el deber jurídico de soportar los daños ocasionados por la detención preventiva, pues el Estado no pudo desvirtuar la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, por lo tanto, “devendrá en 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”.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 26 de abril de 2017, Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00240-01(42592). CP. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989: “de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.

¹¹ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

¹² Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.

Ahora bien, en relación con la administración de justicia, es posible evidenciar casos en los cuales puedan confluír en una misma situación, la configuración de un error jurisdiccional o un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado, frente a lo cual, en la misma sentencia de unificación se precisó la impertinencia de considerar que, para la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad sea necesaria la concurrencia de alguna de las aludidas imputaciones, en atención a que el elemento estructural de la responsabilidad extracontractual del Estado, indistintamente del régimen o título que haya de aplicarse, es el daño antijurídico, argumentos que in extenso se transcriben a continuación para mayor claridad:

(...) para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia —equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala— a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado —previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional— con los de la responsabilidad personal de sus agentes —consagrados en el inciso segundo ídem—, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos. (...)

De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la ley para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que a tal efecto lo único que se hace menester, atendiendo a los preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva. (...)

j. Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el sub judice en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio in dubio pro reo, es uno objetivo basado en el daño especial · como antes se anotó · , no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad —y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida

derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado, de la excepcionalidad de la privación de la libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolución, con base en el beneficio que impone el postulado in dubio pro reo, pero con evidente ruptura del principio de igualdad—, también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. Subrayado fuera del texto original.

Por otra parte, la misma sentencia de unificación dejó planteada la posibilidad de que la privación injusta de la libertad tuviera como título de imputación la falla del servicio y ésta será, seguramente, la etapa mixta que se presenta cuando “en tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable”.

Así las cosas, frente a personas sujetas a detención preventiva dentro de proceso penal y exoneradas mediante sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente o en aplicación del principio in dubio pro reo, en principio¹⁴, el título de imputación aplicable será el de daño especial¹⁵ excepto que se demuestre la ilicitud del proceder de la entidad caso en el cual será la falla del servicio.

4.4. Sentencia de unificación de la Corte Constitucional, sobre casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad: SU 072 de 5 de julio de 2018.

Dado que la Corte Constitucional profirió sentencia de unificación el 5 de julio pasado, sobre la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, específicamente sobre los títulos de imputación aplicable; se hace referencia a la misma, con el fin de construir de manera integral el marco teórico de esta sentencia y definir su alcance en la solución del caso que ahora ocupa la atención de la Sala.

14 Esta tesis fue confirmada por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018 puesto que sostuvo que bajo el principio de iura novit curia es al juez a quien le corresponde determinar en cada caso particular y según las circunstancias concretas, bajo qué régimen de responsabilidad se juzga el caso, pues el artículo 90 de la Constitución y el artículo 68 de la LEAJ, no determinan un único y excluyente régimen. Ver comunicado 25 de 2018 www.corteconstitucional.gov.co

15 “En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en 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. Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, expediente No. 23.354.con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

En dicha sentencia la Corte estudió dos acciones de tutela presentadas en contra de fallos expedidos por el Consejo de Estado en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad.

En uno de los expedientes acumulados la Fiscalía General de la Nación afirmó que dicha corporación judicial incurrió en un defecto sustantivo, **luego de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva a un investigado absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo***, a pesar de que la jurisprudencia constitucional le había dado un alcance diferente al artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

En el otro expediente, los accionantes consideraron que alto tribunal demandando, al resolver el proceso de reparación directa que promovieron por la privación injusta de la libertad de una ciudadana (absuelta por atipicidad subjetiva y de la cual son herederos), omitió aplicar una sentencia de unificación, según la cual la responsabilidad del Estado en tales casos es objetiva, sin que en su caso particular fuera procedente concluir que hubo culpa exclusiva de la víctima.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ratificó que el artículo 90 de la Constitución Política **no establece un régimen de imputación estatal específico**, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad, por lo que es el juez administrativo el que debe establecer **el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso**.

En otras palabras, consideró la Corte que, **“definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en hechos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 y de paso el régimen general de responsabilidad, previsto en el artículo 90 constitucional”**.

Señaló que “determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, **sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado”**.

Indicó la Corte respecto del artículo 65 de la Ley 270 que esta disposición por ser de “menor jerarquía” no puede limitar el alcance del artículo 90 de la Constitución, sin embargo, se ocupó de establecer el alcance sosteniendo que, primero, la Constitución no “establece un título de imputación específico”¹⁶⁻¹⁷; segundo, el Consejo de Estado ha sido consistente en que cuando se trata de la privación injusta de la libertad se puede aplicar un “sistema de responsabilidad objetiva o uno de falla del servicio”, es decir, este criterio “coincide con la

16 Sentencia C-333 de 1996. Cfr. C-957 de 2014.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de abril de 2012, expediente 19001-23-31-000-1999-00815-01 (21515) en la cual se dijo que: “(...) el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.//En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”. (Resaltado fuera del texto original). Estas consideraciones fueron reiteradas en sentencias del 23 de agosto de 2012, expediente 18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392); del 7 de septiembre de 2015. Expediente: 85001-23-33-000-2013-00035-01(51388), Subsección C y del 25 de septiembre de 2017, expediente 25000-23-26-000-2005-02078-01(42316), Subsección B.

jurisprudencia constitucional”, asimismo, ha señalado cuatro eventos de absolución donde debe acudir al título de imputación objetiva; tercero, “se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que la falla en el servicio es el título de imputación preferente¹⁸ y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación¹⁹; cuarto, “concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión **"injusta"** necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada**, previa la verificación de su conformidad a derecho”; quinto, son las particularidades del caso las que exigen del juez administrativo que elija “qué título de imputación resulta más idóneo para establecer **que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse**”; sexto, hay dos casos – “el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica”- donde “privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que **el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos**”, los demás deben juzgarse según sus particularidades; sin embargo, deben hacerse armonizaciones según “desafíos normativos”; séptimo, en conclusión, insiste la Corte Constitucional en que la “única interpretación posible del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo **definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas**, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*²⁰, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante”.

En este sentido podemos concluir que esta alta Corte establece que no se puede determinar un régimen único de responsabilidad ya sea objetivo o subjetivo, no obstante, sin importar el mismo, el juez deberá verificar si la medida fue legal, razonable y proporcional, de acuerdo a las normas aplicables para cada caso en concreto.

4.5. Aclaración respecto a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 del Consejo de Estado y la sentencia del 6 de agosto de 2020, mediante la cual se cumplió con el fallo de tutela proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Se tiene que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso tramitado bajo

18 Sentencia C-254 de 2003. En SU-443 de 2016 se aceptó dicha premisa al indicarse que: “El Consejo de Estado se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la importancia de esta cláusula general de responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política. De esta forma, ha indicado que en aquellos casos en que, como resultado de una actividad lícita del Estado, se haya ocasionado un daño a un tercero, y por lo tanto, no sea posible aplicar los criterios de la falla en el servicio o de la ilegalidad de los actos administrativos, podrá aplicarse la teoría del daño especial como título de imputación”.

19 Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzon y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

20 El juez conoce el derecho. En la sentencia T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”.

el número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) fue dejada sin efectos a través de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-00169-01 Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: Consejo de Estado - Sección Tercera, ordenando a la demandada que en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan esta decisión valore la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

A través de sentencia del 06 de agosto de 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió nuevo pronunciamiento judicial, en cumplimiento de la orden de tutela emitida, ésta vez, sin que fuera de unificación²¹. En esta oportunidad, y siguiendo los postulados establecidos por la Corte Constitucional en sentencia SU 072 de 2018, reiteró que, en todo caso, "el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento", por lo que debía analizarse si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido, pues en caso de no serlo, se podría llegar a ver comprometida la responsabilidad del Estado.

En este sentido, señaló la máxima Corporación que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, como quiera que debe determinarse si la medida restrictiva y transitoria de la libertad resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico atribuible a la administración.

Así las cosas, si bien no resulta procedente dar aplicación a la sentencia de unificación antes referenciada, lo cierto es que la nueva sentencia constituye precedente reiterativo de la posición judicial que ha adoptado la Corte Constitucional y la justicia contencioso administrativa, motivo por el cual, conforme a los hechos probados en la demanda se realizará el respectivo juicio de imputación que corresponda conforme a los postulados antes enunciados y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia de SU 072 de 5 de julio de 2018.

4.6. Criterios aplicables en cuanto a la condena en costas en el CPACA.

Frente a la condena en costas, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció:

Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia **dispondrá sobre la condena en costas**, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso, advierte de una serie de reglas a tener en cuenta en las controversias de carácter judicial así:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica,

²¹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP: José Roberto Sáchica Méndez. Radicación No. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46.947). Providencia del 6 de agosto de 2020.

anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Las anteriores estipulaciones normativas, han sido objeto de diferentes interpretaciones por parte del Consejo de Estado, en la medida que, a partir de ellas ha surgido el interrogante sobre cuál es el criterio que debe aplicar el juez al momento de decidir sobre su imposición o no. Actualmente no existe sentencia de unificación que resuelva el interrogante, pues al interior de dicha Corporación hay diferentes posturas que dan alcances interpretativos distintos sobre el criterio que impera actualmente en materia de costas.

De tal manera que, en sentencia del 29 de septiembre de 2016, dentro del expediente No. 2201-14, la Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Magistrado Dr. William Hernández Gómez, en relación a la condena en costas en vigencia de la Ley 1437 de 2011, asegura que actualmente rige un criterio netamente objetivo-valorativo en materia de condena en costas, respecto del cual concluyó:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. **Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.**

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por otro lado, la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 19 de enero de 2017 dentro del expediente No. 1706-15, con ponencia del Magistrado Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, ofreció una interpretación distinta, en la que optó por un criterio netamente subjetivo, así:

3.7 Condena en costas. La Sala difiere de la interpretación objetiva que el a quo dedujo del artículo 188 del CPACA, esto es, imposición de condena costas de pleno derecho a la parte vencida, sin más consideraciones, tal como acontece en la actividad procesal propia de los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, en virtud del mandato contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP).

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo estipula que «[s]alvo en los

22 "Art. 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil».

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo **disponer**, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas **no presupone su causación per se** contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un **juicio de ponderación** subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese **juicio de ponderación** supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: **i)** sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; **ii)** se aduzcan calidades inexistentes; **iii)** se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; **iv)** se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o **v)** se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP). (...).

Como se puede observar, al juez contencioso administrativo, a diferencia de la justicia ordinaria, le corresponde realizar un juicio a partir de varios criterios que le permitan determinar si el accionante ha ejercido el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y el medio de control respectivo de manera leal y de buena fe, porque busca la defensa y el restablecimiento de sus derechos, no como mecanismo para el enriquecimiento o forma de venganza.

Ahora bien, el juez contencioso administrativo debe “disponer”, es decir, deliberar, reflexionar sobre qué decisión adoptar cuando se trata de resolver sobre las costas en el proceso. Pero ¿qué deben juzgar? Pues el comportamiento de la parte dentro del proceso para saber si ha actuado de manera leal o de buena fe, o cuál era su verdadera finalidad. Lo importante para comprender el significado del vocablo indeterminado²³ es interpretarlo

23 Para un estudio de los conceptos jurídicos indeterminados o incertidumbre en su contenido, Diego López, La Letra y el Espíritu de la Ley. Universidad de los Andes- Temis, 2012, Bogotá, pp. 19-41. Desde la perspectiva de la filosofía del derecho en Dworkin, Alfonso Ruiz, Dworkin y el Limbo de la Metaética”, En El legado de Dworkin a la Filosofía del Derecho. José M Sauca (Ed.). Centro de Estudios Constitucionales, 2014, Madrid, pp. 39-74. Desde la perspectiva constitucional Carlos Bernal Pulido, El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, 2007, Madrid, pp. 103-113.

o concretar su alcance a partir del ejercicio de los derechos fundamentales de la parte como de la intervención de juez, para que así los derechos adquieran vitalidad y sirvan de precedente ante situaciones similares futuras.

La labor del juez, entonces, se circunscribe a hacer un juicio, es decir, valorar la actuación de la parte teniendo en cuenta que los ciudadanos acuden al juez como un espacio de diálogo para la construcción de los límites y el contenido de sus derechos ya que consideran que es la forma de participar en los "asuntos que los afecta" (Art. 2 CP) y poder empoderarse y legitimar la acción del estado a partir de juez como garante de sus derechos, como la segunda y definitiva palabra sobre sus reclamos legítimos. Esta concepción democrática y participativa de los derechos parte de la militancia de los derechos como fundamento de la consolidación de la Constitución Política y del Estado Social de Derecho, por esta razón, tiene en cuenta los valores fundantes del mismo que obliga a partir del principio fundamental de la buena fe en el ejercicio de las medios de control que ejerce el ciudadano, del juez natural como derecho fundamental para la pacificación de una sociedad atravesada por múltiple violencias y de un estado de derecho en construcción, por no decir, en obra gris. El proceso judicial en la jurisdicción contencioso administrativa no es un asunto puramente privado sino que sirve para construir discursos y narrativas de los derechos para que las parte, ciudadano y autoridad pública, aprendan sobre los ámbitos de los nuevos significados de los derechos y de sus responsabilidades dentro del Estado Social de Derecho.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el postulado normativo contenido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. es de carácter indeterminado, en tanto admite varias interpretaciones, pues la expresión "dispondrá sobre la condena en costas" es una cláusula abierta.

En este orden de ideas, y al evidenciar que no existe posición consolidada por parte del Órgano de cierre en cuanto a la condena en costas, habilita a esta instancia judicial para asumir su propia postura.

4. **CASO CONCRETO.**

1. Medios de prueba relevantes.

En el curso del proceso fueron allegadas las siguientes pruebas, a las cuales se confiere mérito probatorio conforme a la ley y a la jurisprudencia²⁴:

1.1 Acta y audiencia de solicitud de orden de captura contra el señor Patrocinio Rivera Dueñez (fl. 98, c. 1; 255 y 256, c. 2 y 424 y 425, c. 3):

"(...) Le ruego a la Fiscalía haga las presentaciones de rigor (...)Paola Andrea Ayala Duarte, comisaria de la familia del municipio de Confines, el 31 de julio de 2009 fue invitada a la celebración del día de la familia del colegio Luis Carlos Galán Sarmiento y en el transcurso del acto, la docente Sonia Viviana Gómez le expresó que en una clase de ética la alumna Deisy Juliana Rivera Dulcey le comentó que su padre Patrocinio Rivera Dueñez le tocaba los senos y las piernas a su hermana O.R.D. y que ese ilícito era reiterativo (...) se realizó valoración psicológica por parte de la Comisaría y en la entrevista

24 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente 25.002.

semiestructurada, la menor corroboró esas situaciones fácticas exteriorizadas por su padre biológico pero agregando que además le manoseaba la vagina y la cola (...) enfatizando que desde el año 2007 se viene presentando esa conducta abusiva (...) la víctima no permitió que hubiere sido valorada por perito psicólogo forense de Medicina Legal expresándole al investigador que además la relación con su padre era buena y normal, obviamente refiriéndose a un tiempo posterior a los hechos (...) se estructura la tipicidad del actuar del señor Patrocinio Rivera Dueñez bajo la denominación de actos sexuales con menor de 14 años (...) Se cuenta con los suficientes elementos de juicio que permiten hacer la inferencia razonable de que es muy probable que evidentemente el padre de esta menor es el autor de estos hechos puesto que se llevó a cabo la entrevista semiestructurada en la víctima, y ella allí de forma muy clara, sencilla y con sus propias palabras, le expone a la Psicóloga adscrita a la comisaría de familia en Confines para el año 2009 que evidentemente se presentaron esos tocamientos, que estos se prolongaron en el tiempo y que el autor de esos tocamientos era precisamente su señor padre, que ella no contó esa situación en esa época porque temía que su mamá no le creyera, como pasó con sus hermanas, además de esa valoración psicológica está plenamente identificado su posible autor, existe también una entrevista formal por investigador recibida a la misma víctima donde vuelve y reitera lo que ocurrió con su padre y lo mismo la docente Sonia Viviana Ordoñez (...) donde narra cómo tuvo conocimiento de los hechos (...) se inició un procedimiento de restablecimiento de derechos por parte del Instituto de Bienestar Familiar (...) posteriormente volvió a ser sometida a otra valoración psicológica la menor con la psicóloga María Leonor Tarazona Cely, quien vuelve y reitera los mismos episodios de los cuales fue víctima, se procede igualmente a un informe médico-legal sexológico verificado en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de San Gil donde igualmente narra allí la forma en la que era acariciada en su cuerpo por parte de su padre en los senos, la vagina y la cola (...) y se llevó para descartar un posible acceso (...) no llegaron a tener la incidente de un acceso carnal abusivo, y existen otras entrevistas que no vienen al caso mencionar pero que permiten inferir que en el mundo real se llevó a cabo esta conducta por parte del padre de la menor (...) por ello le estoy solicitando a su señoría que se expida orden de captura por los motivos que le acabo de exponer (...) no obstante que por el paso de los años la víctima ya haya restablecido su aparente relación personal con su padre, razón por la cual se negó a que fuese valorada por una psicóloga forense y se haya mantenido en su dicho de que desea desistir de esta acción penal pero la verdad sea dicha que estos delitos no admiten desistimiento (...) estamos en presencia de un delito investigable de oficio (...) El Juzgado Promiscuo Municipal de Confines con Función de Control de Garantías se pronuncia respecto de la solicitud de orden de captura en contra del señor Patrocinio Rivera Dueñez. La Fiscalía fundamenta su petición de conformidad con el artículo 297 en concordancia con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal (...) es posible establecer la vinculación de quien aquí se solicita la orden de captura en relación con los hechos narrados por la menor quien para la época de los mismos contaba con 13 años, de esta inferencia razonable, así como de los demás elementos que obran dentro del proceso se establece la posible autoría de su padre (...) El Juzgado Promiscuo Municipal de Confines

observado el material probatorio, los informes, valoraciones psicológicas, entrevistas que se hicieran especialmente a la menor, a la hermana de la menor y a la docente que relatan los mismos hechos que indican que la menor ha sido objeto de tocamientos por parte de su padre, ha llamado la atención de la negación de la menor a que se haga una valoración (...) la menor aduce que ya no está interesada en continuar con la denuncia toda vez que ya se encuentra en una buena relación con su padre (...) pues bien esto no es de recibo, ni es óbice para negar la orden de captura toda vez que siendo una menor de edad no es posible la retractación (...) Hay lugar a la orden de captura” (Subrayado fuera del texto original).

- 1.2** Acta y audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento intramural (fl. 100, c. 1; 262-275, c. 2 y 428-432, c. 3):

Acta de audiencias preliminares:

“3.- IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

(...) LA FISCALÍA FUNDAMENTA LA SOLICITUD, INDICANDO LA PERSONA, EL DELITO Y LOS ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO NECESARIOS DE CONFORMIDAD CON LO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 307 LITERAL A NUMERAL I, EN CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULOS 295 Y 296 SOBRE EL RÉGIMEN DE LIBERTAD Y SUS RESTRICCIONES. ESTO CON EL FIN DE PROTEGER A LA COMUNIDAD, A LA VÍCTIMA Y ASEGURAR LA COMPARECENCIA AL PROCESO.

PROPORCIONADA POR EXISTIR DOS DERECHOS: LA LIBERTAD DEL IMPUTADO Y EL DERECHO DE LA VÍCTIMA COMO PERSONA QUE POR SU DISCAPACIDAD ES SUJETO DE MAYOR PROTECCIÓN.

RAZONABLE PORQUE LA FISCALÍA CUENTA CON MATERIALES DE PRUEBA QUE INFIEREN LA AUTORÍA.

LOS ELEMENTOS MATERIALES PROPORCIONAN: LA DENUNCIA, REPORTE PSICOLÓGICO DE LA COMISARÍA DE FAMILIA, ENTREVISTAS, INFORME DE PSIQUIATRÍA Y PSICOLOGÍA.

CONFORME AL ARTÍCULO 308 NUMERAL 2 Y 3, EL IMPUTADO CONSTITUYE PELIGRO PARA LA COMUNIDAD Y LA VÍCTIMA, LOS FINES CONSTITUCIONALES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA FRENTE A LA GRAVEDAD Y MODALIDAD DE LA CONDUCTA Y POR CUANTO RESULTA PROBABLE QUE EL IMPUTADO NO COMPAREZCA AL PROCESO O QUE NO CUMPLIRÁ LA SENTENCIA, YA QUE EL DELITO TIENE FIJADA UNA PENA SUPERIOR A LOS 9 AÑOS.

(...)

EL SEÑOR JUEZ PARA RESOLVER SOBRE LAS DOS PETICIONES CONSIDERA:

ESTUDIA SOBRE LA PROCEDENCIA, CONDICIONES, LÍMITES Y FORMALIDADES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 306 Y S.S. DE LA LEY 906 DE 2004.

SON TRES LOS REQUISITOS PARA QUE RESULTE VIABLE UNA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:

- 1 - UN REQUISITO OBJETIVO. ARTÍCULO 313 Y 315.
- 2- EXISTENCIA DE RESPALDO PROBATORIO QUE COMPROMETA LA AUTORÍA O PARTICIPACIÓN. ARTÍCULO 308.
- 3.- REQUISITOS DE FINALIDAD O NECESIDAD. ART. 308.

(...)

EN EL CASO EN PARTICULAR EL DELITO SUPERA LA PENA DE 9 AÑOS EL CUAL SIRVE PARA EXAMINAR EL PEDIMENTO DE LA FISCALÍA, POR ELLO SE DETERMINA EL LÍMITE DE LA PENA PREVISTA Y NO POR LA QUE CORRESPONDA IMPONER. EN EL ASUNTO LA PENA POR EL DELITO IMPUTADO ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO MATERIAL Y SUCESIVO, AGRAVADO, TIENE FIJADO COMO MÍNIMO UNA PENA SUPERIOR A LOS CUATRO AÑOS.

SOBRE EL RESPALDO PROBATORIO QUE COMPROMETE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN SE OBTUVO QUE LA VÍCTIMA VENÍA SIENDO OBJETO DE ACTO ERÓTICO SEXUAL, TOCAMIENTOS, EXHIBICIONES Y MIRAMIENTOS POR PARTE DE SU PADRE. REPORTE PSICOLÓGICO DONDE SE ESTABLECE EL HECHO DE SER VÍCTIMA DE COMPORTAMIENTOS SEXUALES.

CONCLUSIONES:

EXISTE CONGRUENCIA ENTRE LO NARRADO Y LO HALLADO. EXISTE UNA VALORACIÓN DE PSIQUIATRÍA Y PSICOLOGÍA FORENSE. HAY DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS, QUIEN INDICA QUE SU PADRE HA REALIZADO ACTOS SEXUALES CON ELLA, SEÑALANDO DE UNA FORMA CLARA QUE EL AUTOR ES EL SEÑOR PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ.

DE LOS ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA LA FISCALIA HA ACREDITADO NO SOLAMENTE LA INFERENCIA RAZONABLE QUE PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ ES EL PRESUNTO AUTOR DE LA CONDUCTA DELICTIVA DE ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO MATERIAL HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

(...)

DE LOS ELEMENTOS MATERIALES ALLEGADOS DONDE SE SEÑALA A PATROCINIO RIVERA DUEÑAS COMO EL AUTOR DEL HECHO PUNIBLE, SEÑALADO POR LA VÍCTIMA, QUIEN NARRA LA MANERA COMO ESTOS SUCEDIERON, INDICANDO QUE NO HAY DUDA SOBRE LA AUTORIA DE LA CONDUCTA INVESTIGADA. SE ADVIERTE QUE ESTOS ELEMENTOS

MATERIALES PROBATORIOS Y LA EVIDENCIA FÍSICA APORTADOS NO EQUIVALEN A PLENA PRUEBA, ESTO SOLO SE OBTENDRÁ EN EL JUICIO ORAL. ESTOS SOLO PERMITEN DETERMINAR QUE EL IMPUTADO ES EL PRESUNTO AUTOR DEL HECHO.

(...)

LA CONDUCTA DESPLEGADA ES GRAVE, NO POR LA CONDUCTA NI LA PENA, SINO POR LAS CIRCUNSTANCIAS QUE LA RODEARON FRENTE A LA VÍCTIMA, QUIEN ES UNA MENOR DE 14 AÑOS, HIJA DEL IMPUTADO, FORMA PARTE DEL NÚCLEO FAMILIAR CONFORMADO POR EL IMPUTADO Y SU PROGENITORA, DESDE LOS 10 AÑOS CONVIVE CON SU AGRESOR, LA CONDUCTA LIBIDINOSA HA SIDO REITERATIVA, POR ELLO RESULTA PROCEDENTE LA MEDIDA SOLICITADA POR LA FISCALÍA.

(...)

NECESARIA: CON EL FIN DE ASEGURAR LA COMPARECENCIA AL PROCESO.

ADECUADA: NO HAY UNA MEDIDA MENOS RESTRICTIVA CON LA CUAL SE ESTÁ BUSCANDO PROTEGER A LA COMUNIDAD Y LA VÍCTIMA. Y LOGRAR LA COMPARECENCIA AL PROCESO.

PROPORCIONAL: ES UNA BALANZA DE DERECHOS, EL DE LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA. LA VÍCTIMA MERECE MAYOR PROTECCIÓN DEL ESTADO. PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ VULNERÓ EL BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD Y FORMACIÓN SEXUAL DE LA VÍCTIMA.

SIN DESCONOCER LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LA MEDIDA ES ADMISIBLE YA QUE EXISTEN ELEMENTOS PROBATORIOS SUFICIENTES Y CONTUNDENTES PARA LLEGAR A UNA ACUSACIÓN.

RAZONABLE: LA FISCALÍA CUENTA CON MATERIAL DE PRUEBA DE LOS CUALES SE HACE UNA INFERENCIA RAZONABLE DE QUE PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ ES EL AUTOR DE LA CONDUCTA DELICTIVA, BAJO MOTIVOS FUNDADOS QUE CONSTITUYEN UN JUICIO PROVISIONAL DE COMPROMISO DELICTUAL SIN QUE AFECTE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (...).

LA MEDIDA SOLICITADA ES DE CARÁCTER URGENTE POR CUANTO LA VÍCTIMA HA TENIDO QUE SALIR DEL SENO FAMILIAR Y SE ENCUENTRA VIVIENDO CON UN HERMANO PARA PROTEGERLA DE LAS AGRESIONES SEXUALES.

(...)

POR LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES LEGALES, FÁCTICAS Y PROBATORIAS, EL JUZGADO DESPACHA EN FORMA FAVORABLE LA PETICIÓN DE LA FISCALÍA, ESTO ES DECRETAR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO, EN CONTRA DE

PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ (...)” (Subrayado fuera del texto original).

- 1.3** Escrito de acusación, acta y audiencia de formulación de acusación (fls. 102-104, 114, 165-169, 179-182, c. 1; 296-304 y 330-331, c. 2; 445-449, c. 3):

Escrito de acusación:

“(...) Paola Andrea Ayala Duarte, comisaria de familia del municipio de Confines el 31 de julio de 2009 fue invitada a la celebración del día de la familia en la sede G del Colegio Luis Carlos Galán Sarmiento de la vereda “El Salitre” de esa municipalidad y en el transcurso del acto la docente Sonia Viviana Ordoñez le expresó que en una clase de ética la alumna DEISY JULIANA RIVERA DULCEY le comentó que su padre PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ le tocaba los senos y las piernas a su hermana OMAIRA RIVERA DULCEY y que ese comportamiento era reiterativo (...) La víctima no permitió que hubiese sido valorada por perito psicológico forense de Medicina Legal, expresándole al investigador que además la relación con su padre ya era buena y normal (...)”.

Acta y audiencia de acusación:

“(...) **8.** El señor Juez preguntó al delegado de la Fiscalía si requiere de alguna medida de protección a la presunta víctima o testigos, quien manifestó que solicita que se otorgue medida de protección a la presunta víctima que es hija del acusado, pues desde el desarrollo de las audiencias preliminares, pudo ver la presión que se efectúa a la víctima para que se retracte, lo cual se pudo evidenciar cuando ella acudió a la Fiscalía y entró a su oficina y manifestó que lo que había dicho era mentira, por el vínculo de padre e hija, se estableció que se efectuó presión y posiblemente en el juicio habrá un testigo hostil que se negará a rendir declaración. Se negó a acudir a la valoración forense alegando que la relación con su padre había mejorado, dejando entrever la posibilidad de desistir cuando ello no es posible (...)

Defensa: señala que la menor desde el año 2011 ha querido aclarar las cosas, pero la Fiscalía no lo ha permitido; en su momento el CTI le refirió que si se retractaba, ella iría a la cárcel, hoy está en Bogotá y ya es mayor de edad y nunca se ha ejercido presión sobre ella (...) (Subrayado fuera del texto original).

- 1.4** Informe psicológico del 10 de agosto de 2009 realizado por la Psicóloga Adscrita a la Comisaría de Familia, Cenaida Castillo Rodríguez (fls. 108 y 109, 129-132, c. 1 y 361-363, c. 2):

“1. DATOS DE IDENTIFICACIÓN:

Nombres y Apellidos: Omaira Rivera Dulcey

Edad: 13 años

(...)

2. OBJETIVO DE LA CONSULTA: Valorar a la menor por posibles actos

sexuales por parte de su padre biológico.

3. METODOLOGÍA: Entrevista semiestructurada. Test de personalidad de Karen Machover (Figura humana), Test del dibujo Goodenough de Harris.

4. ESTADO ACTUAL: Adolescente de 13 años de edad se presenta a la consulta de psicología, se observa en la niña miedo, angustia, llanto, tristeza durante la entrevista.

5. HISTORIA FAMILIAR (Funcionalidad y estructura familiar) la adolescente proviene de un sistema familiar integrado y funcional, conformado por 11 hermanos, cinco (5) mujeres y seis (6) hombres, siendo ella la número 9, actualmente convive con sus padres y 5 hermanos más.

6. RELATO DE LOS HECHOS: Se inicia la entrevista, generando empatía necesaria para lograr establecer un ambiente adecuado para la realización de la valoración de la adolescente (...). Al abordar a Omaira con la finalidad de indagar acerca del motivo de la consulta se observa ansiosa y con llanto, con la finalidad de ampliar datos se le realizan algunas preguntas a Omaira de las cuales se realiza una transcripción.

TERAPEUTA: ¿Cómo es la relación con tu papá?

PACIENTE: Mi papá es muy grosero y un poco pasao (sic) conmigo.

TERAPEUTA: ¿Explícame qué quieres decir con que es pasao? (sic)

PACIENTE: Sí, él le gusta tocarme lo senos, la vagina, la cola.

TERAPEUTA: Cuando tu papá te toca ¿tú qué haces o qué le dices?

PACIENTE: Yo le digo que no me moleste, que me respete, pero él sólo se pone bravo y se va.

TERAPEUTA: ¿En qué lugar hace eso tu papá?

PACIENTE: cuando estoy sentada en la mesa haciendo tareas él pasa y me toca los senos y la vagina y también cuando me estoy bañando se va a mirarme por encima de la puerta.

TERAPEUTA: Cuando tu papá te manosea ¿estás sola o con alguien más en la casa?.

PACIENTE: Sí a veces hay obreros y él pasa y me toca, y mi mamá también yo no sé si ella se dé cuenta.

TERAPEUTA: ¿Tú le has contado a alguien lo que tu papá te hace?.

PACIENTE: Sí solo le he comentado a una hermana que se llama Martha que se encuentra en Bogotá y ella me dijo que si él me seguía tocando la

llamara y a mi mamá no le cuento porque ella de pronto no me crea.

TERAPEUTA: Tú por qué dices que si le cuentas a tu mamá de pronto no te crea?.

PACIENTE: Porque con mis hermanas mayores también se pasaba (manoseo), con Sandra mi papá tuvo problemas porque ella le contó a un vecino que mi papá la había tratado de abusar de ella (sic), mi mamá supo y ella lo iba a demandar, pero no sé qué paso y no lo hizo y mis hermanas se han ido más que todo por eso.

TERAPEUTA: desde hace cuánto tu papá te viene tocando?

PACIENTE: Hace como unos dos años empezó a tocarme.

TERAPEUTA: tú dices que entre los hermanos que vives en tu casa hay una hermana menor, a ella tu papá también la manosea?

PACIENTE: yo creo que no porque mi papá se pasa con nosotras es cuando ya empezamos a desarrollarnos.

TERAPEUTA: en estos momentos qué sentimientos tienes hacia tu papá?

PACIENTE: rabia con él, ya no me gusta que ni me hable.

(...)

HALLAZGOS CLÍNICOS INDICADORES DE ABUSO:

(...)

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA: Los contextos hallados, los criterios examinados y los síntomas dan muestra clara de un posible **ACTO SEXUAL EN LA PERSONA DE OMAIRA RIVERA DULCEY.** Paciente con depresión mayor episodio único leve (...).

RECOMENDACIONES:

1. Abrir proceso legal de investigación formal hacia PATROCINIO RIVERA como autor de posible acto sexual en la persona de su hija OMAIRA RIVERA DULCEY.
 2. Continuar con un proceso de acompañamiento psico-afectivo con la menor, para la elaboración de la situación traumática. (...)” (Subrayado fuera del texto original).
- 1.5** Informe pericial médico legal sexológico rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls. 111 y 112, 133-135 c. 1 y 363-364, c. 2):

“(...) EXAMINADA HOY 03 DE NOVIEMBRE DE 2009 A LAS 10:22 HORAS EN PRIMER RECONOCIMIENTO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO FORENSE (...) ASISTE LA MENOR OMAIRA RIVERA DULCEY (...) LA MENOR DESEA RELATAR LOS HECHOS EN AUSENCIA DE LA MADRE. LA MENOR REFIERE: “(...) LO QUE PASÓ ES QUE MI PAPI ME MANOSEABA, ESO VIENE PASANDO DESDE HACE CASI TRES AÑOS DESDE QUE ENTRÉ A SEXTO EN CONFINES, LO QUE MI PAPI HACE ES TOCARME LOS SENOS, LA COLA Y LA VAGINA, ESO PASA CUANDO YO LLEGABA DE CONFINES COMO A LAS 2:30 DE LA TARDE A LA CASA DEL SALITRE (...) ESO PASABA COMO CINCO VECES AL MES, YO NO DECÍA NADA POR MIEDO, LO QUE ME HACÍA ERA TOCARME, NO ME METÍA LOS DEDOS, NUNCA ME DOLIÓ, NUNCA ME DIO BESOS, NO ME AMENAZÓ, NI ME DECÍA NADA, YO LE DECÍA QUE ME RESPETARA PERO ÉL SE PONÍA BRAVO Y SE IBA. YO SÉ QUE SANDRA MI HERMANA MAYOR LE DIJO QUE MI PAPÁ LE HACÍA ESO CON ELLA A MI MAMÁ Y NO SÉ SI LO DIJO SÓLO POR IRSE DE LA CASA, AHORA ELLA ESTÁ EN BOGOTÁ. (...) EL ME TOCABA LOS SENOS POR ENCIMA DE LA ROPA, CUANDO YO IBA PASANDO ÉL ME TOCABA LA COLA POR ENCIMA DE LA ROPA, UNA VEZ YO ESTABA ACOSTADA EN MI CAMA Y ÉL SE ME MANDÓ ENCIMA Y ME MANDÓ LA MANO A TOCARME LA VAGINA POR ENCIMA DE LA ROPA, YO LE DIJE QUE ME RESPETARA Y ÉL ME DIO UNA CACHETADA (...) LA MADRE REFIERE QUE: “YO NUNCA VI NADA, NUNCA ME DIJO NADA, SI VÍ QUE UN DÍA QUE ELLA SALIÓ DEL BAÑO U CUANDO IBA CON LA TOALLITA, ÉL LE PEGÓ POR LA POMPA (...) ÉL LE DIJO ESE DÍA QUE AHORA QUE LE VAN A CRECER LOS SENOS MENOS FUNDAMENTO PARA HACER OFICIO” (...).

CONCLUSIÓN: MENOR DE 13 AÑOS DE EDAD CLÍNICA Y DOCUMENTAL QUIEN RELATA HECHOS DE ABUSO POR PARTE DEL PADRE, AL EXÁMEN FÍSICO SE ENCUENTRAN GENITALES EXTERNO DE CONFIGURACIÓN NORMAL, HIMEN ÍNTEGRO, LO CUAL INDICA QUE NO HA SIDO DESFLORADA, ANO NORMAL, NO SE EVIDENCIAN LESIONES TRAUMÁTICAS QUE FUNDAMENTEN INCAPACIDAD MÉDICOLEGAL.” (Subrayado fuera del texto original).

- 1.6 Formato de consentimiento informado para la realización de exámenes médico – legales y procedimientos relacionados en víctimas de agresiones sexuales y lesiones personales (fl. 136, c. 1 y 365, c. 2).
- 1.7 Informe de análisis pericial de prueba documental para refutación o concepto técnico psicológico forense presentado por la defensa del demandante dentro del proceso penal adelantado en su contra, con la finalidad de determinar si la valoración psicológica efectuada por la profesional adscrita a la Comisaría de Familia de Confines se realizó con las debidas técnicas y procedimientos establecidos por la comunidad científica. Concepto rendido por la psicóloga Martha Stella Ospino Rodríguez (fls. 138-161, c. 1 y 366-377, c. 2):

“(...) **CONCLUSIONES:**

Con base en el análisis de los resultados y su constatación con la bibliografía pertinente, difundida y aceptada por la comunidad científica y respondiendo

al objetivo de la solicitud, se concluye que la valoración psicológica realizada en la Comisaría de Familia de Confinos el 10 de agosto de 2009, presenta numerosos aspectos que no guardan correspondencia técnico – científica, tanto en lo metodológico como en lo conceptual: hallando debilidades profundas en la forma de tomar el testimonio de la presunta víctima y en la valoración del mismo por parte de las funcionarias judiciales y debilidades técnicas o metodológicas y conceptuales de la profesional de psicología que participó de la valoración de la presunta víctima de actos sexuales contra menor de 14 años”.

- 1.8** Acta y audiencia preparatoria (fl. 106 y 116, c. 1 y 202-212, 398-403 c. 2).
- 1.9** Solicitud audiencia de vencimiento de términos presentada por el defensor del señor Patrocinio Rivera Dueñez (fl. 118, c. 1, 294-295, c. 2 y 444, c. 3).
- 1.10** Acta y audiencia de resolución de solicitud de vencimiento de términos de forma desfavorable a los intereses del demandante por el tipo de delito por el que se encontraba siendo investigado (fl. 120, c. 1; 307-311, c. 2 y 450-452, c. 3).
- 1.11** Audiencia lectura decisión de segunda instancia sobre la decisión que negó la solicitud de vencimiento de términos (fl. 122, c. 1; 277-284, c. 2 y 435-442, c. 3)
- 1.12** Actas y audiencias del juicio oral (fls. 319-321 y 327-331, c. 2 y 456-463, c. 3):

Audiencia de juicio oral del 16 de mayo de 2016:

“(…) Por parte del señor Fiscal se manifestó que de acuerdo con lo testimoniado por la joven Omaira Rivera, se advierte la aparición de una prueba sobreviniente, pues en su relato ella mencionó que la joven Mariana Cárdenas Sanabria la motivó para ideara la mentira y hasta este momento es que la Fiscalía se entera de la existencia de la presunta testigo (…)”.

- 1.13** Acta y audiencia de lectura de sentencia de primera instancia donde se resolvió “**ABSOLVER** al señor PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ, de los cargos formulados en su contra por la Fiscalía Tercera Seccional de la localidad de Socorro – Santander como presunto coautor del delito de actos sexuales abusivos agravados en concurso material homogéneo y sucesivo” (fl. 124, c. 1 y 338-339, c. 2).
- 1.14** Sentencia absolutoria de primera instancia con fecha del 4 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Socorro – Santander con funciones de conocimiento (fls. 340-360, c. 2 y 466-477, c. 3):

“(…) en este caso dentro de un análisis racional con base en el principio de la inmediación de la prueba que se pudo ejercer en este caso, en la audiencia de juicio oral, en la práctica de estas, se fue extrayendo poco a poco ese

conocimiento que en realidad hubo una ideación fortuita, dañosa, generada por tres menores de edad hacia un padre de familia, todo por el prurito de alcanzar una satisfacción de vida, que para ese momento, para ellas se avistaba como la más conveniente, quizás en el fondo sin saber realmente que al dirigirse a una ciudad como Bogotá a trabajar al lado de su hermana, era un mejor cambio, frente al que ellas estaban viendo.

Para ellas era mejor salir del régimen estricto de su padre e irse con su hermana donde pensaban que tendrían una vida mucho mejor, es decir, con más libertad de actuar y de tener permisos para hacer lo que ellas veían que hacían sus compañeras de estudio, es por eso que ellas privilegiaron este aspecto al ver a su hermana en Bogotá, donde para las menores, se les presenta una vida totalmente diferente, y como no lograron que su padre les permitiera irse del hogar se idearon de este plan, el cual contó con la aquiescencia de su amiga Mariana Cárdenas quien concedora de la vida, porque tenía la oportunidad de ver a su antojo la televisión, les hizo caer en la cuenta que para que funcionara su estrategia debían referirse a los tocamientos en las partes íntimas porque los golpes no se evidenciaban.

Sin embargo, la solución de los hechos se vino en contra de ellas, tornándose la situación de mucha gravedad, porque lo que para ellas era un juego, una mentira, penalmente tenía repercusiones enormes ya que la justicia sanciona drásticamente a quienes invaden el ámbito sexual de los menores. (...)

Es una lástima que no se hubiera informado de esto a la justicia cuando supieron la verdad, porque aquí cuando Clara le comentó a Lucero, ella lo que hizo fue remitir a Deisy para su cada para evitar problemas futuros con su hermana, y Omaira regresó a su hogar, es decir, que poco a poco se vinieron aclarando las cosas, y si bien se quisieron arreglar no hubo la comunicación con la fiscalía, y por eso fue que llegó hasta el juicio oral, donde hoy podemos valorar sus manifestaciones.

Allí aparece Mariana Cárdenas y sin rodeos y ambages nos dice que participó en esa situación y lo hizo de forma espontánea, tanto ella como sus amigas no percibieron la gravedad de esa mentira, ni que tuviera las consecuencias que hasta ese momento se estaban dando.

(...)

No existiendo la tipicidad de la conducta ni la responsabilidad de parte de **PATROCINIO RIVERA** y habiendo sido solicitado por las partes su absolución y después de estas reflexiones que están en todo de acuerdo con lo dicho en la audiencia del juicio oral, hemos de proferir fallo absolutorio en favor de **PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ**.

(...)

Frente al caso en concreto y bajo las enseñanzas del Tribunal de Cierre, es claro que no podemos aseverar la culpabilidad del acusado **PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ** pues la prueba incriminatoria resulta frágil cuando nos

adentramos en el estudio de la responsabilidad penal y del desvalor de la acción, pues lo único demostrado dentro del juicio es que debido a una falacia ideada por menores de 14 años sobre unos supuestos tocamientos sexuales debido a que si manifestaban únicamente golpes no iban a ser creíbles, tal acto de inmadurez no les permitió ver qué consecuencias causarían, y todo con el afán de irse para la ciudad de Bogotá (...) por su parte, su padre en el afán de protegerlas, les negó su ida a la ciudad de Bogotá, fue ahí donde se idearon lo supuestos tocamientos lujuriosos a la menor, que nunca se ejecutaron como se pudo demostrar mediante el testimonio de la propia víctima y el testimonio de la prueba sobreviniente (...).

Las pruebas presentadas por la Fiscalía en relación con la culpabilidad o el aspecto subjetivo del injusto típico, no son suficientes para derribar el derecho que tiene el acusado a que se le siga presumiendo inocente, toda vez que para éste funcionario es palpable la cohesión de esos medios de prueba y especialmente de la prueba sobreviniente por medio testimonial, esto es, el del dicho de la menor O.J.R.D. y el de Mariana Cárdenas Sanabria, permitiéndonos entonces avanzar hacia la certeza racional más allá de toda duda en torno a la responsabilidad del procesado (...).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Municipio de Socorro, Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a **PATROCINIO RIVERA DUEÑEZ** de los cargos formulados en su contra por la Fiscalía Tercera Seccional de esta localidad en audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el pasado 8 de julio de 2015 como presunto autor del delito de actos sexuales abusivos agravados en concurso material homogéneo y sucesivo, en un todo de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo." (Subrayado fuera del texto original).

- 1.15** Boleta de libertad No. 22 del 14 de septiembre de 2016 dirigida a la Cárcel Berlín para dejar en libertad al señor Patrocinio Rivera Dueñez (fls. 464 y 481, c. 3).
- 1.16** Certificado de libertad expedido por el Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC (fl. 126, c. 1 y 480, c. 3):

"Se expide el presente certificado al(a) señor(a): RIVERA DUEÑEZ PATROCINIO, identificado con C.C. No. 5699095, quien permaneció privado de la libertad durante el lapso comprendido entre el 10/06/2015 y el 14/09/2016, a quien se ha concedido salida por: sentencia absolutoria, según boleta de libertad No. 022 expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Socorro Santander – Colombia, por el delito: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS – AGRAVADO (...)" (Subrayado fuera del texto original).

1.17 Expediente penal con CUI 687556000242200900155 correspondiente al señor Patrocinio Rivera Dueñez (fls. 128-200, c. 1 y 202-403, c. 2 y c. 3)

1.18 Expediente obrante en el INPEC respecto del señor Patrocinio Rivera Dueñez (fls. 479-490, c. 3):

1.18.1. Boleta de detención No. 004 del 10 de junio de 2015 emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Confines – Santander (fl. 482, c. 3).

1.18.2. Boleta de libertad No. 022 del 14 de septiembre de 2016 expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Socorro – Santander (fl. 481, c. 3).

1.18.3. Cartilla biográfica del interno Patrocinio Rivera Dueñez (fls. 483-485, c. 3).

1.18.4. Reporte de ingreso y salida de visitas recibidas por el demandante (fls. 486-489, c. 3).

2. Precisión del caso.

Los señores Patrocinio Rivera Dueñez, Dominga Alix Dulcey Caicedo, Jairo David Rivera Dulcey, Daniel Rivera Dulcey, José Antonio Rivera Dulcey, Lisandro Rivera Dulcey, Lucero Rivera Dulcey, Luis Arturo Rivera Dulcey, Sandra Milena Rivera Dulcey, Sarith Xiomara Rivera Gómez, Yeferson Daniel Rivera Forero y Deiby Damián Rivera Forero presentaron demanda de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación buscando la indemnización de los perjuicios que le fueron causados en virtud de la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Patrocinio Rivera Dueñez.

El Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, al considerar que se encontraban probadas las eximentes de responsabilidad denominadas hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima. Argumentó que fue el actuar de las menores Omaira y Deisy Juliana Rivera Dulcey la causa eficiente del daño antijurídico endilgado a las demandadas, pues fueron ellas quienes pusieron en marcha el ente acusador y propiciaron que se adelantara toda una investigación penal en contra del señor Patrocinio Rivera Dueñez, siendo en etapa de juicio oral donde se pudo establecer la falsedad de la denuncia. De allí que el daño no pudiera ser endilgado a la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida. Sostuvo que se encontraba inconforme con la declaratoria de configuración de la eximente de responsabilidad de hecho de un tercero y la condena en costas pues, bajo su consideración, dentro del proceso se probó la responsabilidad extracontractual de las demandadas y no se cumplían los presupuestos que configuraban la causal eximente de responsabilidad.

Frente a la responsabilidad administrativa, argumentó que se había causado un daño antijurídico a los demandantes pues el señor Patrocinio Rivera Dueñez fue privado de su libertad y fue exonerado de responsabilidad a través de sentencia absolutoria. Destacó que todo se debió a una falsa denuncia por parte de las menores hijas del procesado, a quienes

se les impidió aclarar la situación y que, en todo caso, se probaron las fallas en las que incurrieron las demandadas: la Fiscalía, al hacer caso omiso a su deber de investigar, y el Juez de Control de Garantías, por omitir su deber de proteger las garantías constitucionales del demandante, cuando se decretó una orden de captura en su contra con tan escaso material probatorio y se accedió a la medida de aseguramiento de carácter intramural, sin que se pudiera inferir razonablemente la participación del demandante en los hechos imputados.

Respecto a la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, consideró que no se encontraban probados los supuestos jurisprudenciales para su prosperidad pues i) las causas exclusivas del daño fueron las omisiones en las que incurrieron las demandadas, ii) quien activó el aparato jurisdiccional era una menor de 14 años a quien no se le podía exigir que midiera las consecuencias de sus actos y iii) era previsible y resistible para la Fiscalía la ocurrencia del daño antijurídico, pues contó con un término superior a los cinco (5) años para adelantar la investigación correspondiente

En relación con la condena en costas, argumentó que no existió temeridad ni mala fe al momento de la interposición de la demanda de la referencia.

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que sólo cuando se encuentran probados los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado, hay lugar a estudiar si se configura alguna de las causales eximentes de responsabilidad, le corresponde a la Sala establecer: i) si se encuentra estructurada la responsabilidad de la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad del señor Patrocinio Rivera Dueñez, ii) si concurre la causal eximente de responsabilidad del estado por el hecho de un tercero y, finalmente, iii) si debe revocarse o confirmarse la condena en costas.

h) Análisis probatorio.

3.1. Del daño.

Lo primero que debe señalarse es que se encuentra acreditado el daño ocasionado a los demandantes, pues se allegó certificación expedida por el Instituto Penitenciario y Carcelario - INPEC a través de la cual se indicó que el demandante estuvo privado de su libertad desde el 10 de junio de 2015 hasta el 14 de septiembre de 2016 (1.16). Situación que se reafirma con el proceso penal con CUI 687556000242200900155 donde se evidencia la imposición de la medida intramural decretada en su contra (1.17 y 1.2.) con la lectura de la decisión adoptada en juicio oral donde se ordena la libertad inmediata del señor Patrocinio Rivera Dueñez y con la sentencia absolutoria del 4 de mayo de 2017 (1.13 y 1.14).

Luego, se demuestra el daño consistente en la privación de la libertad que sufrió el demandante.

3.2. Estudio de la antijuridicidad del daño e imputación.

Tal como ha sido señalado por la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o equivalente, **no** resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del estado, pues independientemente del régimen de

responsabilidad que se ha aplicado, el primer elemento que debe demostrarse es la antijuridicidad del daño ocasionado.

Teniendo en cuenta que el caso sub lite gira en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño ocasionado con la privación de la libertad del señor Patrocinio Rivera Dueñez, conforme a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-072 de 5 de julio de 2018, **se deberá analizar** si la decisión que privó de la libertad al demandante que fue adoptada en las audiencias preliminares fue legal, razonable y proporcionada, por lo que tenía el deber jurídico de soportarla.

Sobre este punto, la parte actora estructura la antijuridicidad del daño en la expedición de una posterior sentencia absolutoria a favor del señor Patrocinio Rivera Dueñez. Sin embargo, como ello no es suficiente para tornar el daño en antijurídico, también indica que la privación de la libertad del señor Rivera Dueñez deviene en injusta pues para el momento de la imposición de la medida, la Fiscalía General de la Nación no contaba con los elementos materiales probatorios para solicitar su expedición y el Juez de Control de Garantías tampoco contaba con probanzas requeridas para acceder a tal petición, de las cuales pudiera inferir razonablemente la participación del demandante en los hechos imputados.

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004, establece que:

“ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento **cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.” (Negrita fuera del texto original).

Por su parte el artículo 199 del Código de la Infancia y la adolescencia, señala en cuanto a la medida de aseguramiento:

“**ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS.** Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, **esta consistirá siempre en**

detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. (...)” (Negrita fuera del texto original).

Se encuentra que el Juzgado con función de Control de Garantías dentro del proceso penal No. 687556000242200900155 ordenó la medida de aseguramiento del señor Patrocinio Rivera Dueñez consistente en la privación de su libertad en establecimiento de reclusión (literal A No. 1 art. 307 de la Ley 906 de 2004) dado que aquel representaba un peligro para la comunidad y la víctima, quien había tenido que salir del seno familiar y vivía con uno de sus hermanos para ser protegida de las presuntas agresiones sexuales, por la naturaleza y gravedad de la conducta, igualmente porque el mínimo de pena excedía de 4 años (1.2).

De los elementos materiales que obraban dentro del expediente penal, así como del escrito de acusación se observa que la Fiscalía General de la Nación tuvo como sustento para solicitar la medida de aseguramiento las siguientes pruebas i) informe psicológico del 10 de agosto de 2009 emitido por la psicóloga adscrita a la comisaría de familia (1.4), ii) informe pericial médico legal sexológico rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (1.5), iii) carta del 24 de agosto de 2009 mediante la cual la comisaria de familia Paola Andrea Ayala Duarte pone en conocimiento de la Fiscalía los hechos por los cuales se investigó al señor Rivera Dueñez, iv) valoración psicológica realizada a la presunta víctima por la psicóloga María Leonor Tarazona Cely donde se corroboraba lo acontecido y v) entrevistas realizadas a la menor Omaira Rivera Dulcey, Sonia Viviana Ordoñez Valdivieso y Lizandro Rivera Dulcey (1.1, 1.2 y 1.3) .

Así las cosas, pese a que no se encuentra copia de la valoración psicológica realizada por María Leonor Tarazona Cely, ni las entrevistas realizadas a la presunta víctima, a la docente que denunció los hechos y al hermano de la menor, respecto a la medida de aseguramiento ordenada en contra del señor Patrocinio Rivera Dulcey con las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que esta decisión resultó ser legal, razonable, necesaria al momento de su expedición y no se torna injusta por las siguientes razones:

i) Se contaban con elementos probatorios suficientes para la fecha en que se profirió la medida de aseguramiento (10 de junio de 2015) con los cuales se podían inferir razonablemente que el imputado pudo ser el autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, así:

- Existía una denuncia penal por parte Paola Andrea Ayala Duarte, comisaria de familia del municipio de Confines, donde señala que una de las docentes del colegio Luis Carlos Galán Sarmiento le expresó que la hermana de una de las estudiantes estaba siendo víctima de tocamientos por parte de su progenitor, el señor Patrocinio Rivera Dulcey, siendo aquél, un comportamiento reiterativo. Aunado a que se practicó valoración psicológica por parte de la psicóloga Cenaida Castillo Rodríguez, adscrita a la misma Comisaría de Familia, donde se constataron los hechos narrados y en la que la menor amplió la versión indicando que el señor Rivera Dulcey realizaba tocamientos en los senos, vagina y cola, así como miramientos inapropiados mientras ella se bañaba. Actuación que además presentó la presunta víctima como un comportamiento reiterativo que además ya había sucedido con sus hermanas mayores (1.1., 1.3., 1.4.). Denuncia que resultaba creíble y adecuada al ordenamiento jurídico dado que la sociedad en general en cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte

activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes, y como consecuencia dar aviso o denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen (art. 40 No. 4, Ley de Infancia y Adolescencia. Adicionalmente, las instituciones públicas deberán poner en marcha mecanismos para reportar a las autoridades competentes, las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes.

- Se contaba con el informe pericial médico legal sexológico rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses donde la presunta víctima reiteró las condiciones de tiempo (desde hacía casi tres años), modo (tocamientos en los senos, cola y vagina por encima de la ropa, sin acceder a ella, sin besos, ni amenazas) y lugar (en la casa del Salitre y como cinco veces al mes), donde presuntamente ocurría la conducta delictiva. Aunque en el informe pericial se concluyó que la menor no había sido abusada sexualmente por parte del demandante pues se determinó que poseía "himen íntegro y ano normal", lo cierto es que se investigaba la responsabilidad penal del señor Rivera Dueñez por actos sexuales abusivos en menor de 14 años y no por acceso carnal abusivo. Por ello, aunque la parte actora indique que este informe pericial demostraba, desde el inicio de la investigación, que la menor no había sido vulnerada en su bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, lo cierto es que la investigación y posterior juicio penal estuvo enmarcado en la presunta conducta abusiva que había adelantado el señor Rivera Dulcey sobre la humanidad de su hija menor, consistente en miramientos y tocamientos abusivos. Conducta que fue reiterada por la presunta víctima en este informe pericial.

Aunado a que al momento de proferirse la medida de aseguramiento existían otras pruebas en el expediente que conducían a demostrar que el sindicado podría ser responsable del delito de acto sexual con menor de 14 años, como lo era la otra valoración psicológica realizada a la presunta víctima por la psicóloga María Leonor Tarazona Cely donde se corroboraba lo acontecido. Si bien dicha valoración no fue allegada al expediente, sí se incorporó como prueba dentro del proceso penal trasladado. De las audiencias de solicitud de expedición de orden de captura y acusación, se infiere se trató de un informe pericial donde la menor reiteró los hechos que motivaron la investigación y posterior juicio penal (1.1 y 1.3).

De lo anterior se puede concluir que de la valoración de las pruebas recaudadas en fase de investigación no sólo se podía inferir razonablemente al momento de proferir la medida de aseguramiento que el señor Patrocinio Rivera Dulcey podía ser el autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, sino que podría constituir un peligro para la sociedad o de las víctimas pues se trataba de un delito grave, presuntamente perpetrado contra su menor hija y que presuntamente era reiterativo en su humanidad. Lo anterior, máxime cuando la medida fue proferida con fundamento en un criterio de urgencia debido a que la menor tuvo que salir de su núcleo familiar para efectos de efectuar el restablecimiento de sus derechos.

ii) Conforme al anterior postulado, es claro que la medida de aseguramiento obedeció a la necesidad de proteger a la menor quien goza de especial protección constitucional, máxime cuando las mismas contaba con menos de 14 años de edad y el presunto agresor era su padre, el cual también podía constituir un peligro para su hermana menor con la que convivía (1.4).

iii) En virtud del artículo 199 del Código de la Infancia y la adolescencia, la medida de aseguramiento era proporcional, pues debe prosperar cuando se trata de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, es la detención en establecimiento de reclusión, no siendo aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004, lo cual efectivamente realizó el Juzgado con Función de Control de Garantías.

De otra parte, se advierte que la parte actora indicó que la Fiscalía no contaba con el suficiente material probatorio para solicitar la medida de aseguramiento contra el señor Rivera Dulcey pues debió adelantar más actuaciones investigativas que le permitieran dilucidar la verdad de los hechos ocurridos, esto, es que se trataba de una falsa denuncia por parte de la menor, desde el inicio del proceso, teniendo en cuenta que la menor se acercó a retractarse de lo ocurrido.

Tratándose de delitos relacionados con menores de edad, como es el caso en concreto, donde se imputó el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, "la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que cuando las víctimas son menores de edad, se deben activar diversos instrumentos de protección²⁵(...) pues, conforme al principio de prevalencia del interés superior, las soluciones que se adopten deben garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y la plena satisfacción de todos sus derechos, tal como lo dispone el ordenamiento patrio²⁶, los tratados internacionales²⁷, y la reiterada jurisprudencia constitucional²⁸."²⁹

Si bien es cierto que se probó que la menor Omaira Rivera Dulcey manifestó su intención de desistir de la acción penal con anterioridad a la solicitud de la expedición de la orden de captura (1.1), también lo es que los delitos en los que el sujeto pasivo es un menor de edad deben ser investigados de oficio y debido a que no se trata de un delito querellable, no es admisible su desistimiento y no podría la Fiscalía General de la Nación ausentarse de su deber de proseguir con la investigación penal en contra de los presuntos responsables de los mismos³⁰.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha tenido en cuenta la posibilidad de que las víctimas de esta clase de delitos sexuales se retracten de su versión inicial. Sin embargo, debido a que, en muchos de los casos, la retractación encuentra asidero en la relación filial que existe entre la víctima y el agresor, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha sostenido que le corresponde al Juez Penal realizar un estudio cuidadoso de los relatos de la víctima "con el propósito de discernir cuál de ellos surge ajustado a la realidad, por lo tanto, revestido

²⁵ Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 41948, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

²⁶ El artículo 44 de la Constitución Política.

²⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño- artículo 3º-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 y ratificada el 20 de febrero del mismo año; el acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 24-1; la Convención Americana de Derechos Humanos –artículo 19-; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño –Principio 2- y, también, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –artículo 25-2-.

²⁸ Sentencias T-408 de 1995, T-514 de 1998 y T-979 de 2001, entre otras.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, sentencia del veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01917-01(51461) A.

³⁰ Ley 906 de 2004. El Art 74 indica cuáles son los delitos que requieren querrela, los cuales pueden ser desistidos de conformidad con los supuestos establecidos en el Art. 76 del mismo compendio normativo. En ellos no se estipula el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años. Art 66: "**ARTÍCULO 66. TITULARIDAD Y OBLIGATORIEDAD:** El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

de credibilidad”³¹. De allí que la retractación de la presunta víctima no sea suficiente para mantener incólume la presunción de inocencia del procesado, sino que requiere que exista una valoración probatoria integral donde, a partir de los criterios de la sana crítica que le son propios al Juez Penal de conocimiento, se determine si la retractación es libre, voluntaria y espontánea³².

“Desde luego, esta valoración a la cual conduce la retractación de las víctimas impele a analizar sus versiones de manera conjunta con las demás pruebas acopiadas en forma legal, regular y oportuna conforme lo reivindica el artículo 380 de la ley 906 de 2004 (...)”³³

Del análisis de las pruebas aportadas al proceso, encuentra la Sala que aunque se probó que la menor acudió a la Fiscalía General de la Nación para “desistir” de la acción penal, aduciendo que “el trato y relación con su padre ya era normal” y que lo que había dicho “era mentira” (1.1 y 1.2) lo cierto es que no se probó que hubiera puesto en conocimiento de la Fiscalía otro tipo de justificaciones diferentes a la mejoría en la relación personal con su padre. Situación que no debatía los medios probatorios que reposaban en el proceso para efectos de que no se impusiera medida de aseguramiento o que pudiera cambiar el curso del proceso penal. Por el contrario, se probó dentro del proceso que fue con la práctica del interrogatorio de la presunta víctima que se adelantó en juicio oral que la joven explicó los móviles que tuvo para incriminar a su progenitor y fue posible solicitar, por parte de la Fiscalía General de la Nación, el testimonio de Mariana Cárdenas Sanabria como prueba sobreviniente (1.12). Testigo de la cual, al parecer, no se tenía conocimiento por parte de ninguno de los sujetos procesales, pues la defensa del señor Rivera Dueñez tampoco la llamó a testificar dentro del proceso penal, como quedó plasmado en el acta y en la audiencia preparatoria (1.3 y 1.8). Fue precisamente dicha prueba sobreviniente, junto con los demás medios probatorios recaudados, como la experticia allegada por la defensa del aquí demandante que desvirtuó la entrevista psicológica practicada por la Comisaría de Familia (1.7.) lo que en últimas llevó al convencimiento al Juez Penal de la falsa denuncia contra el demandante y pudo tenerse la retractación de Omaira Rivera Dulcey como libre, voluntaria y espontánea. Aseguró el Juez de Conocimiento en sentencia absolutoria (1.13 y 1.14):

“(...) en este caso dentro de un análisis racional con base en el principio de la intermediación de la prueba que se pudo ejercer en este caso, en la audiencia de juicio oral, en la práctica de estas, se fue extrayendo poco a poco ese conocimiento que en realidad hubo una ideación fortuita, dañosa, generada por tres menores de edad hacia un padre de familia, todo por el prurito de alcanzar una satisfacción de vida, que para ese momento, para ellas se avistaba como la más conveniente (...)”

Es una lástima que no se hubiera informado de esto a la justicia cuando supieron la verdad, porque aquí cuando Clara le comentó a Lucero, ella lo que hizo fue remitir a Deisy para su cada para evitar problemas futuros con su hermana, y Omaira regresó a su hogar, es decir, que poco a poco se vinieron aclarando las cosas, y si bien se quisieron arreglar no hubo la comunicación

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 2012. MP: Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación No. 38857

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2020. MP: José Francisco Acuña Vizcaya. SP 934-2020. Radicación No. 52045.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 2012. MP: Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación No. 38857

con la fiscalía, y por eso fue que llegó hasta el juicio oral, donde hoy podemos valorar sus manifestaciones. (...)”.

Aunado a que se probó que en etapa de investigación la menor Omaira Rivera Dulce se negó a ser valorada psicológicamente por perito forense debido a que “la relación con su padre ya era normal” (1.1 y 1.2), donde pudo haber advertido su versión real de los hechos y poner en tela de juicio las pruebas que obraban dentro del expediente y de las cuales se podía inferir razonablemente, y en esa etapa del proceso, la autoría del demandante en la presunta comisión del delito.

Así las cosas, teniendo en cuenta que i) se probó que la Fiscalía sí adelantó una labor de investigación donde practicó entrevistas, informes periciales y demás pruebas para solicitar la expedición de la medida de aseguramiento, ii) que la medida fue soportada legalmente por parte de la Fiscalía en los medios probatorios existentes y recaudados legalmente, así como en la norma aplicable al caso (Ley 906 de 2004) y iii) que el Juez de Control de Garantías contaba con suficientes pruebas de las cuales se podía inferir razonablemente, y al momento de la imposición de la misma (10 de junio de 2015), que el señor Patrocinio Rivera Dueñez podía ser el autor del delito de actos sexuales abusivos en menor de 14 años, concluye la Sala que el demandante se encontraba en la obligación de soportar el daño ocasionado.

En este orden de ideas, resulta claro que la medida de aseguramiento proferida en contra del señor Patrocinio Rivera Dueñez por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, por el cual estuvo privado de la libertad desde el 10 de junio de 2015 hasta el 14 de septiembre de 2016 resulto ser legal, razonable y proporcional, conforme a lo expuesto anteriormente, pues al momento de la imposición de la medida sí se contaban con elementos probatorios que podían inferir razonablemente que el imputado podía ser el autor del delito antes indicado, aunado a que dada la condición de la presunta víctima (menor de edad) resultaba ser necesaria para su protección.

En este sentido no se trata de acudir a la regla general de condenar al Estado por privación injusta de la libertad cuando el sindicado es absuelto, aplicando el régimen de responsabilidad objetiva, pues i) el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, por lo que es el juez administrativo el que debe establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso y ii) sin importar el régimen de responsabilidad ya sea objetivo o subjetivo el juez deberá verificar si la medida fue legal, razonable y proporcional (sentencia SU 072 /2018), como se probó en el caso en concreto.

En virtud de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que no hay lugar a estudiar si se configura o no la causal eximente de responsabilidad de hecho de un tercero, como quiera que no se probó el primero de los elementos de responsabilidad del Estado (daño antijurídico), la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

4. Costas Procesales.

La condena en las costas que fue impuesta por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá en el numeral segundo (2º) de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, será revocada.

De igual forma, en lo que respecta a la condena en costas en segunda instancia, la Sala se abstendrá de imponer condena alguna por dicho concepto.

Tal como se explicó en la parte considerativa de la sentencia, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.A.C.A., conforme al artículo 306, debemos interpretar el artículo 188, a partir de postulados constitucionales para concluir que no debe entenderse dicha figura jurídica como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso.

Por ello, en el caso concreto, la Sala no condenará en costas a la parte vencida no sólo porque no se advierte una conducta contradictoria o temeraria de la parte actora, sino porque no existe prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, **la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

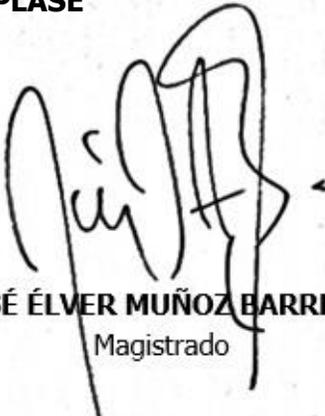
PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO (2º)** de la a sentencia proferida el 22 de mayo de 2019 por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 22 de mayo de 2019 por el Juzgado 60 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE


JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado


MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada


FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



Sentencia 00229 de 2017 Consejo de Estado

PENSIÓN GRACIA –Requisitos / PENSIÓN GRACIA – Compatibilidad con la pensión de jubilación

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 para los educadores que cumplan 20 años de servicio en establecimientos educativos oficiales del orden territorial o nacionalizado, y 50 años de edad, siempre y cuando demuestren haber ejercido la docencia con honradez, eficacia, consagración, observando buena conducta. Esta prestación es compatible con la pensión de jubilación. NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, sentencia 29 de agosto de 1997, C.P: Nicolás Pájaro Peñaranda.

FUENTE FORMAL: LEY 114 DE 1913 / LEY 91 DE 1989 – ARTÍCULO 15 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 / DECRETO LEY 2277 DE 1979 / LEY 116 DE 1928 – ARTÍCULO 6 / LEY 29 DE 1989 – ARTÍCULO 9 / LEY 29 DE 1989 – ARTÍCULO 10

PENSIÓN GRACIA – Vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980 no exige continuidad

La línea jurisprudencial actual sobre el reconocimiento de la pensión gracia, es clara y pacífica alrededor de la importancia del tiempo de servicio como su referente, esto sí, dejando claro que debe ser territorial o nacionalizado sin importar si es continuo o discontinuo, ni su modo de vinculación, como también en relación a que no es necesario que al 31 de diciembre de 1980, el docente debe encontrarse en servicio activo, como quiera que el texto normativo, lo que dispone para esa fecha es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda. NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 22 de enero de 2015, C.P.: Alfonso Vargas Rincón, rad.: 0775-14.

PRINCIPIO DE BUENA FE – Contenido. Alcance / BUENA FE – Devolución de sumas pagadas sin cumplimiento de requisitos legales

Conforme al artículo 83 superior, este principio implica que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario. Tenemos que el principio de la buena fe, incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe. (...). Así las cosas, la utilización de un documento fraudulento, falso o apócrifo dentro de la actuación administrativa, y que ello desemboque en el reconocimiento de un derecho pensional, o alguna circunstancia similar, permite desvirtuar la presunción de buena fe que gobierna los actos del peticionario, haciendo viable así, la recuperación de los dineros pagados de manera indebida. NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 8 de mayo de 2008, C.P.: Jesús María Lemos Bustamante, rad.: 0949-06.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 83 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 / DECRETO 01 DE 1984 – ARTÍCULO 136

CONDENA EN COSTAS – Criterio subjetivo

En la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No. : 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Demandado: ELIZABETH ANDRADE MORALES

Asunto: Acción de lesividad - Reconocimiento Pensión Gracia - devolución de dineros y presunción de buena fe.

Decide la Sala¹, los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 19 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Tolima que accedió a la pretensión de nulidad del acto de reconocimiento de la pensión gracia de la accionada y negó las demás suplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social², en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en modalidad de lesividad, presentó demanda con la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución 3493 del 24 de febrero de 1998, proferida por la Subdirectora General de Prestaciones Sociales de CAJANAL, que reconoció a la señora Elizabeth Andrade Morales una pensión gracia a partir del 25 de enero de 1997, en cuantía de \$507.760.44.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la demandada a restituirle todos los dineros cancelados con ocasión al indebido reconocimiento de la pensión gracia, sumas que deberán ser actualizadas a valor presente, y pagadas dentro de los términos indicados en los artículos 192 y siguientes del CPACA.

1.2 Hechos.

Para mejor comprensión del asunto, la Sala resume los supuestos fácticos relevantes descritos por la parte demandante así:

Sostuvo, que el 10 de junio de 1997, la demandada solicitó a CAJANAL el reconocimiento de la pensión gracia, la que le fue concedida mediante Resolución 3493 del 24 de febrero de 1998, a partir del 25 de enero de 1997, en cuantía de \$507.760.44, considerándose para el efecto la _____

vinculación como docente nacionalizada y nacional por más de 30 años y el cumplimiento de 50 años de edad.

Señaló, que la vinculación de la accionada inició el 6 de febrero de 1966 como docente territorial, y se extendió hasta el 2 de febrero de 1975, y que posteriormente fue docente nacional vinculada a través de acto administrativo del Ministerio de Educación del 13 de mayo de 1975 hasta el 5 de marzo de 1997.

1.3 Normas vulneradas y concepto de violación.

La parte demandante citó como disposiciones violadas las siguientes:

Los artículos 1º, 2º, 6º, 121, 124, 124 y 128 de la Constitución Política.

Las Leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 37 de 1933, 33 y 62 de 1985; y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Sostuvo, que el reconocimiento de la pensión gracia de la demandada, desconoce la normatividad especial que la regula, en tanto se encuentra dirigida a suplir las diferencias salariales entre los maestros del orden nacional con los territoriales, siempre que éstos últimos se hubieren vinculado antes del 31 de diciembre de 1980.

Indicó, respecto de este particular, que la demandada no estuvo vinculada como docente territorial o nacionalizada por 20 años, dado que su certificado de tiempo de servicios informa que fue nombrada como docente nacional a partir del 13 de mayo de 1975, y que dicha relación laboral se extendió hasta el 5 de marzo de 1997 en idénticas condiciones.

Así las cosas, precisó que la pensión gracia no está prevista para docentes nacionales, siendo ésta la condición de la accionada antes del 31 de diciembre de 1980, por lo que no cumple con el requisito previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

1.4. Contestación de la demanda.

La parte accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad de ley, en donde manifestó que se opone a las pretensiones, al considerar que el asunto bajo estudio se encuentra amparado bajo el principio de buena fe y confianza legítima, dado que cuando la entidad demandante le reconoció el derecho a la demandada, existía la posibilidad de extenderlo a los docentes nacionales, pues la compatibilidad de recompensas originadas en recursos de la Nación, quedó restringida a partir de la expedición de la sentencia C-479 de 1998 por la Corte Constitucional, esto es, el 9 de septiembre de 1998.

1.5 Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 19 de enero de 2017: i) decretó la nulidad de la Resolución 3493 del 24 de febrero de 1998, proferida por CAJANAL para reconocer a la accionada una pensión gracia; ii) negó las demás pretensiones de la demanda; iii) condenó en costas. Para estas decisiones:

Señaló, que conforme a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 24 de 1947 y 43 de 1975, la pensión gracia es un beneficio al que solo pueden acceder los docentes territoriales o nacionalizados, con el propósito de compensar la diferencia salarial respecto de sus pares nacionales, siempre que se hubieren vinculado antes del 31 de diciembre de 1980.

Desde tal panorama, concluyó que la demandada no cumplió con el requisito de la vinculación territorial o nacionaliza antes del 31 de diciembre de 1980, pues, la certificación de tiempo de servicio indicó que prestó sus servicios como docente nacional en el nivel de básica secundaria del 13 de mayo de 1975 al 5 de marzo de 1997, por espacio de más de 21 años, tiempo que no debió computarse con el nacionalizado previo del 6

de febrero de 1966 al 2 de febrero de 1975.

Respecto del restablecimiento del derecho, precisó que a pesar de la ilegalidad del acto de reconocimiento, en la actuación no se registraron pruebas indicadoras de conducta irregular de parte de la accionada hacia la consecución del derecho pensional, y en ese sentido, no se desvirtuó la presunción de buena fe prevista en el artículo 164 del CPACA.

Condenó en costas al vencido, estimando el artículo 188 del CPACA y la sentencia del 7 de abril de 2016, de la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado, exp. 1291-2014, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

1.6 Recursos de apelación.

La parte demandada, apeló la sentencia de primera instancia con la intención de que se revoque y en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda, reiterando que cuando la entidad previsional le reconoció el derecho a la accionada, existía la posibilidad de la pensión gracia para los docentes nacionales, pues la incompatibilidad de las recompensas provenientes de la Nación, quedó plenamente establecida con la sentencia C-479 de 1998 de la Corte Constitucional, a partir del 9 de septiembre de 1998, fecha posterior al estatus de aquella.

Manifestó, que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, permite el reconocimiento de la pensión gracia a los docentes nacionales, al definir de manera inequívoca que este derecho es compatible con la pensión de jubilación indistintamente de la naturaleza del vínculo del educador.

La UGPP, también interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda al restablecimiento del derecho, consistente en el reembolso por parte de la demandada de las sumas de dinero que le fueron pagadas por virtud del indebido reconocimiento de la pensión gracia.

Lo anterior, por cuanto la pensión gracia le fue otorgada al accionado sin el lleno de los requisitos de ley, tal como quedó demostrado en el proceso, donde las certificaciones de servicio dieron cuenta que su vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980 fue como docente nacional.

En ese sentido, indicó que el detrimento patrimonial de la entidad al asumir una carga prestacional carente de causa lícita, supone la mala fe de la accionada al recibir la pensión gracia a sabiendas que su condición de docente nacional se lo impedía, y porque a diferencia de lo concluido por el Tribunal de instancia, la prueba obrante en la actuación no deja ver la buena fe que sustentó negar el reembolso de las sumas de dinero pagadas.

Alegó también, que el principio de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, supone la necesidad de reincorporar al presupuesto de entidad actora, los dineros que fueron pagados a la demandada de manera indebida, al tratarse de recursos de destinación específica y que solventan el pago de las pensiones de los colombianos.

1.7 Alegatos de segunda instancia y Concepto del Ministerio Público.

Las partes demandante y demandada presentaron alegatos de cierre con los mismos argumentos expuestos en sus recursos de apelación.

El agente del Ministerio Público ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto.

Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

2.1 Problema Jurídico.

De acuerdo con los cargos formulados en las alzas interpuestas contra la sentencia de primera instancia, la Sala encuentra que el asunto se contrae a establecer si para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, es posible computar tiempos servidos como docente nacional.

Así mismo, en el evento que sea negativa la respuesta al anterior, deberá esclarecerse si en este caso se desvirtuó la presunción de buena fe que ampara a la demandada, y si en consecuencia es procedente ordenar la devolución de las sumas percibidas en virtud de la orden de reconocimiento de la pensión gracia, efectuada a través del acto cuya nulidad decretó el a *quo*.

Para resolverlo, la Sala; analizará; i) el contexto normativo de la pensión gracia; ii) el principio de buena fe, y el tratamiento jurisprudencia con relación al recibo de dineros por concepto de prestaciones periódicas, y iii) resolverá el caso concreto.

2.2 Contexto normativo de la pensión gracia.

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913³ para los educadores que cumplan 20 años de servicio en establecimientos educativos oficiales del orden territorial o nacionalizado, y 50 años de edad, siempre y cuando demuestren haber ejercido la docencia con honradez, eficacia, consagración, observando buena conducta. Esta prestación es compatible con la pensión de jubilación.

Así, en sentencia de 29 de agosto de 1997, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia en los siguientes términos⁴:

“El numeral 3º. Del artículo 4º. Ib. prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe “Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...”. (En este aparte de la providencia se está haciendo referencia a la Ley 114 de 1913).

Despréndase de la precisión anterior, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.” (Negrillas fuera de texto original).

De conformidad con la normativa que dio origen a la pensión gracia, y la interpretación jurisprudencial efectuada en la materia por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado, con el valor coercitivo que ello implica, es posible concluir que esta prestación se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio en colegios del orden departamental, distrital, municipal o nacionalizados, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional.

En este orden, es preciso tener en cuenta, que la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), señaló en su artículo 15 que:

“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.”

De lo anterior, se infiere que el derecho a la pensión gracia lo mantienen los docentes nacionalizados y territoriales que se hubieren vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, descartándose así para aquellos que siendo nacionales hubieren sido nombrados dentro de dicho límite temporal.

Es claro entonces, que el tiempo de servicio corresponde a 20 años que deben ser prestados exclusivamente en instituciones educativas territoriales o nacionalizadas.

Lo anterior, constituye un referente inequívoco que no cambió al clarificarse la compatibilidad de la pensión gracia con la de jubilación, pues la ley fue clara en que los demás requisitos para su reconocimiento debían acreditarse, es decir, la prestación efectiva en la docencia territorial o nacionalizada por espacio de al menos 20 años y 50 años de edad.

El docente, como el profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de la educación, corresponde a un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, que se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y que debe tomar posesión de su cargo, conforme lo disponen los artículos 1º y 4º del Decreto Ley 2400 de 1968⁵, en concordancia con el artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979⁶.

En cuanto al tiempo de servicio y al tipo de la vinculación requerida para tener derecho a la pensión gracia, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado respecto de su prueba:

“En principio, para efectos de la PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA (DOCENTE) se deben analizar los tiempos de servicio que acrediten los educadores teniendo en cuenta varios datos trascendentales, año por año (porque es posible que un tiempo le sirva para la prestación y otro no), a saber: EL CARGO DESEMPEÑADO (maestro de primaria, profesor de Normal, inspector de primaria, etc.) LA DEDICACIÓN (tiempo completo, medio tiempo, hora cátedra, etc.), LA CLASE DE PLANTEL donde desempeñó su labor (Normal, Industrial, Bachillerato, etc.), así como EL NIVEL DE VINCULACIÓN DEL CENTRO EDUCATIVO A LAS ENTIDADES POLÍTICAS (Nacional, nacionalizado -a partir de cuándo- Departamental, Distrital, Municipal, etc.). La época del trabajo realizado (año, con determinación clara y precisa de la iniciación y terminación de la labor) es fundamental de conformidad con las leyes especiales que rigen esta clase de pensión y la Ley 91 de 1989. La sola mención de la fecha de nombramiento no es prueba de la iniciación -desde ese momento- del servicio y la cita de la fecha de un acto de aceptación de renuncia debe ir acompañado del dato desde cuando produjo efectos, para poder tener en cuenta realmente el tiempo de servicio. Los certificados que se expidan para acreditar estos requisitos deben ser precisos en los datos fundamentales que exigen las leyes especiales que regulan esta clase de pensión⁷.”

Esta línea, ha sido mantenida por la Sala, destacándose las siguientes consideraciones:

“Es necesario precisar respecto de los certificados docentes para la pensión gracia, como ya se ha dicho por esta Subsección, estos pueden ser expedidos por los mismos directivos de los centros educativos donde trabajaron los educadores y en ellos deben establecerse con claridad el cargo desempeñado, la dedicación, la clase de plantel y el nivel de vinculación del centro educativo a las entidades públicas; dichos certificados servirán de base para expedir otros en forma correcta, tal como se verifica que ocurrió en el caso del demandante pues el Secretario General de la Alcaldía municipal de La Cruz (Nariño) certificó el lapso de trabajo incluyendo el periodo comprendido del 19 de enero de 1981 al 13 de julio de 1983 en el que el docente estuvo vinculado como interino en la Escuela Rural Mita de la Laguna⁸”.

Entonces, lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de los datos puntuales que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales; a efecto de esclarecer el cumplimiento de los requisitos especiales de que trata la Ley 114 de 1913 en los términos analizados.

De otro lado, resulta muy relevante señalar, que el artículo 6º de la Ley 116 de 1928⁹, establece que:

“Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.”

Conforme a la disposición normativa, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, es viable la sumatoria de los años servidos en cualquier época, en la primaria como la de normalista, inclusive las labores de inspección; por lo que es evidente que la voluntad de legislador

fue la establecer el referente del tiempo de servicio, y no la naturaleza en que éste sea prestado, ni el título que tenga. Así mismo, cuando se establece la sumatoria en cualquier tiempo, implica interpretar que no se requiere de la continuidad del servicio, como un todo del periodo, sino la totalización de los 20 años en las condiciones de docencia territorial o nacionalizada.

Sobre el particular, esta Sala alrededor de la modalidad de la vinculación válida para el reconocimiento de una pensión gracia, razonó así:

“Respecto de la vinculación del demandante como docente interino, debe reiterarse que las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928 concibieron la prestación gracia de jubilación como una dádiva o recompensa a favor de quienes ejercieran la actividad docente en el nivel territorial, razón por la cual, y conforme lo disponen las normas en cita y la jurisprudencia de esta Corporación, la única exigencia válida para efectos de reconocer la prestación pensional en cita es haber acreditado 20 años al servicio de la docencia oficial sin importar la modalidad de la vinculación, siempre que esta responda a cualquiera de las previstas en la ley. En efecto, si bien el ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación ha precisado que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos. Lo anterior, en todo caso, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso del señor (...)”¹⁰ (negritas y subrayas fuera de texto original).

Respecto, al tiempo de vinculación, la Sala de Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 22 de enero de 2015, exp. 0775-2014, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, definió como regla que:

“En el presente caso, para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 la señora Solangel Castro Pérez ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, pues había sido nombrada mediante Decreto No. 00439 de 19 de febrero de 1979, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero al 20 de mayo del mismo año.

Lo anterior le permite a la Sala establecer que era posible que la demandada analizara si la actora reunía los requisitos para acceder a la pensión gracia, toda vez que la expresión “*docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980*”, contemplada objeto de análisis, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal.” (Negritas fuera de texto original).

De esta manera, la línea jurisprudencial actual sobre el reconocimiento de la pensión gracia, es clara y pacífica alrededor de la importancia del tiempo de servicio como su referente, esto sí, dejando claro que debe ser territorial o nacionalizado sin importar si es continuo o discontinuo, ni su modo de vinculación, como también en relación a que no es necesario que al 31 de diciembre de 1980, el docente debe encontrarse en servicio activo, como quiera que el texto normativo, lo que dispone para esa fecha es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda.

2.3 Del principio de la buena fe y su tratamiento jurisprudencial para devolución de prestaciones periódicas.

La jurisprudencia de ésta Corporación, así como de la Corte Constitucional ha considerado que el principio de buena fe es aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “*persona correcta (vir bonus)*”¹¹. Así, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “*confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada*”¹².

En este sentido y conforme al artículo 83 superior, este principio implica que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario¹³.

Principio éste que además, no constituye un postulado absoluto, sino que tiene límites demarcados por principios de igual categoría constitucional, como la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía, entre otros¹⁴. En este sentido, no es posible entender el principio de la buena fe de manera aislada y como un fin en sí mismo, por cuanto se debe concebir el ordenamiento jurídico no como una pura acumulación de preceptos concretos encerrados, o como una simple mescolanza de normas, sino como un sistema coherente, ordenado, según el principio de no contradicción¹⁵.

Bajo el anterior razonamiento es preciso traer a colación algunos pronunciamientos de ésta Sección sobre el principio constitucional de la buena fe, en lo que se refiere a pagos efectuados por error de la administración:

“Ahora bien, el principio constitucional de la buena fe, se encuentra contemplado por la Carta Política, en su artículo 83, en los siguientes términos:

"ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Pese a que dicha norma es aparentemente clara, es fundamental considerar que la naturaleza jurídica de la buena fe como principio general del Derecho, implica que su vinculación a patrones fácticos específicos, es muy amplia y compleja y solo puede ser explicada en la medida en que se tenga clara la noción de buena fe.

La buena fe, como principio general del Derecho, es el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión o la rectitud de una conducta. Exige, entonces, una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina principio de probidad.

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo, significa que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación; de manera que el ciudadano puede confiar en la Administración y a su vez ésta puede confiar en el ciudadano; confianza que en todo caso, debe desprenderse de signos externos, objetivos, inequívocos, que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta. No puede deducirse de manera subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivas.

El numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“Los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. (Negrillas del texto)

“Añade la Corporación que si se aceptara el reconocimiento de la pensión decretada por la resolución No. 002341 de 1993, dentro de los 20 años de servicio exigidos para ese efecto, se estaría tomando tiempo de servicios que el Departamento del Tolima tuvo en cuenta para reconocer la pensión de jubilación a cargo de la Caja de Previsión de esa entidad territorial.

Por ende, la Sala declarará la nulidad de la resolución acusada No. 002341 de 1993.

Sin embargo, ella considera que no es viable disponer el reintegro de las mesadas pensionales que han sido pagadas a la señora (...), como se solicita en el escrito introductorio del proceso, en virtud del reconocimiento de pensión de jubilación por el acto administrativo acusado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable en el caso sub-judice, ya que le correspondía a la parte actora probar debidamente que la demandada cuando solicitó la pensión actuó de mala fe y ello no ocurrió así¹⁶. Subrayado fuera del texto.

En el mismo sentido se indicó:

“La Sala observa que evidentemente a la demandante no le asistía el derecho al reajuste que le fue reconocido y que implicó el pago de la mesada pensional a partir del 1º de enero de 1996 en un monto equivalente a seiscientos diez mil novecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y un centavos (\$610.959,91) cuando por este concepto le correspondía solamente la suma de quinientos sesenta y cinco mil novecientos sesenta y cinco pesos con sesenta y cuatro centavos (\$565.965,64).

Lo anterior teniendo en cuenta que como obtuvo el derecho pensional a partir del 1º de enero de 1996 no le era aplicable el incremento previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, la entidad demandada no estaba facultada para pretender unilateralmente recuperar las sumas de dinero que por equivocación pagó pues fueron recibidas por la actora de buena fe. En esa medida, los pagos efectuados por la entidad tienen amparo legal porque fueron recibidos de buena fe por la demandante y en ese orden, no obstante la legalidad del acto que dispuso el reintegro, la Sala considera que la administración no probó ni en la vía gubernativa ni en la judicial la mala fe de la demandante en la obtención de los reajustes pagados”.¹⁷ (El resaltado es de la Sala)

La tesis fue reiterada posteriormente así:

“Por último como el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A. dispone que “Los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, igualmente deberá confirmarse en este sentido la decisión apelada, pues, el demandado está amparado por el principio de la buena fe, ya que no se afirmó, ni demostró que hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener la pensión de jubilación, por lo tanto no está obligado a devolver lo que ya le fue pagado por este concepto”¹⁸. (Subrayado fuera del texto).

Como se infiere de la norma transcrita, se exige para la devolución de prestaciones periódicas por parte de los particulares, la demostración de su mala fe, pues la buena fe en sus actuaciones es una presunción constitucional; es decir, la demostración de que los particulares hubiesen asaltando la buena fe para hacerse acreedores a una prestación a la que no tenían derecho.

Observa la Sala, que la Resolución No. 0405 de 7 de noviembre de 1991, creó a favor del demandando una situación jurídica de carácter particular y concreto, en la medida en que le reconoció el pago de una suma específica, por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación, que por lo mismo, ingresó a su patrimonio, y no obstante no corresponder a la legal, estando la Administración en la obligación de demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo; lo cierto es, que la demandante incurrió en error al reconocer la suma que debía pagar al pensionado, equívoco en el que no tuvo participación el titular del derecho, lo que confirma, que si la Administración, fundada en su propia negligencia, pretende la devolución de las sumas pagadas en exceso, como en este caso, vulnera de manera franca el principio de la buena fe del gobernado.

Lo anterior aunado al hecho, de que en el transcurso del proceso, no se afirmó ni se demostró que el demandado hubiera incurrido en comportamientos deshonestos, en actos dolosos y de mala fe, para obtener la pensión de jubilación.

(...)

Con lo anterior, los pagos efectuados por la Universidad tienen amparo legal, porque fueron recibidos de buena fe por el jubilado y en ese orden, se considera que mal puede ahora la demandante, alegar a su favor, su propia culpa, para tratar de recuperar unos dineros, que como se advierte, fueron recibidos por una persona amparada por el principio de la buena fe”¹⁹.

Precisa la Sala que ésta clara línea jurisprudencial se ha mantenido para los casos en que se han recibido prestaciones periódicas tales como la pensión de jubilación y gracia producto de un error de la administración.

La posición así fijada encuentra su razón de ser en el principio de la buena fe, que implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que el principio de la buena fe, incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe²⁰.

Pero, distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares de los actos de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de los actos definitivos que resolvieron la cuestión.

En este contexto, vale la pena recordar que la subsección A, en pretérita oportunidad al resolver una demanda de lesividad reflexionó así:

“Para la Sala no existe la menor duda de que las certificaciones que aportó a folios 11 y 12 expedidas por petición del señor Gobernador de ese entonces, son veraces. Y a esta conclusión se llega, pues el beneficiario de la pensión en esta litis no pudo desvirtuar tales constancias ni demostró por otros medios que cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios, pues amen de las inconsistencias sobre la edad a raíz del cambio de su segundo apellido en la cédula (folios 44 y 51 cdno. No. 2), las pruebas que aportó con su escrito de contestación del libelo no fueron decretadas por extemporáneas, como da cuenta el auto del 12 de mayo de 1999 que obra a folio 62 del cuaderno No. 2. No se atiende, por tal virtud, la sugerencia que de manera respetuosa hace el Ministerio Público, como quiera que basta en el caso sub examine esta circunstancia de la alteración de la edad para inferir, de una parte, que el demandado no acredita los requisitos para hacerse acreedor a la pensión de jubilación, pues no contaba con 55 años previstos en la Ley 33 de 1985, y, de otra, que la actuación del solicitante no estuvo acompañado de la buena fe que debe presidir las relaciones de los administrados con la administración.

Se confirmará en ese orden la decisión del Tribunal que declaró la nulidad del acto acusado.

Así mismo se confirmará la orden de reintegro de los dineros que hubiera percibido el demandado por concepto de la pensión de jubilación, dada la mala fe con que actuó en sede gubernativa, como quiera que de manera malintencionada presentó unas certificaciones que no corresponde a la verdad, para dolosamente hacerse acreedor a una prestación de la cual era consciente que no tenía derecho, los cuales quiso demostrar asaltando la buena fe de la administración. Este hecho, por sí solo, demuestra el torcido proceder del actor; por tal virtud, merece el condigno castigo de devolver las sumas que recibió sin tener derecho a ellas, debidamente actualizadas, como bien lo ordenó el a quo²¹.” (Negrillas fuera de texto original).

Así las cosas, la utilización de un documento fraudulento, falso o apócrifo dentro de la actuación administrativa, y que ello desemboque en el reconocimiento de un derecho pensional, o alguna circunstancia similar, permite desvirtuar la presunción de buena fe que gobierna los actos del peticionario, haciendo viable así, la recuperación de los dineros pagados de manera indebida.

2.3 Caso concreto.-

Del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se acreditó que la demandada Elizabeth Andrade Morales:

-Nació el 25 de enero de 1947²².

-Prestó servicios de la siguiente manera, conforme a las certificaciones de tiempo de servicio del 30 de abril de 2007, expedidas por Director de Planeamiento Educativo de la Alcaldía de Ibagué:

Colegio	Cargo	Acto Adm.	Periodo desde hasta	Naturaleza
Inst. Educ. Miguel de Cervantes Saavedra	Sin especificar	119	16/02/1966	13/01/1969 Territorial ²³
Conc. Manuela Beltrán	Sin especificar	017	14/01/1969	26/02/1974 Territorial
Inst. Educ. Montealegre	Sin especificar	034	01/03/1974	09/05/1975 Territorial
Liceo Nal de Bachillerato	Sin especificar	2250	13/05/1975	30/04/2007 Nacional ²⁴

§ A través de la Resolución 3493 del 24 de febrero de 1998, CAJANAL le reconoció la pensión gracia a partir del 25 de enero de 1997, en una cuantía de \$507.760.44 sin condición de retiro del servicio por ser del ramo docente, para lo cual, expresamente tuvo en cuenta que tenía 51 años de edad, y más de 20 años de servicio en la docencia nacional y territorial, tal como fue certificado con los anexos del derecho de petición.

En orden de desatar la apelación del demandado, es pacífica la jurisprudencia de esta Sección alrededor de la imposibilidad de acumular tiempos de servicio como docente nacional para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, pues, desde que la Sala Plena de Corporación unificó tal postura el 27 de agosto de 1997, dicha regla constituye un referente de interpretación y aplicación obligatoria para la Administración y los jueces de lo contencioso administrativo.

Al respecto debe precisarse, que dicha sentencia de unificación, fue previa al reconocimiento de la pensión gracia a la demandada, de manera que CAJANAL en febrero de 1998 debió tenerla en cuenta para efecto de resolver las solicitudes pensionales relacionadas con el derecho clarificado. No obsta para ello, que el estatus pensional de la demandada fuere anterior, porque es la regla de interpretación dada por la Sala Plena, la que permite concluir sin equívoco alguno alrededor de la inexistencia del derecho a la pensión gracia para los docentes nacionales.

Seguidamente, la Sala debe asegurar que la sentencia C-479 del 9 de septiembre de 1998²⁵, no instituyó ninguna incompatibilidad entre la pensión gracia y cualquier otra recompensa de origen de la Nación, ya que ello venía dispuesto así en el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, norma demandada que fue declarada exequible. De modo que, ningún efecto dispuso la mencionada providencia sobre los efectos de tal ley, y en particular alrededor de la exigencia de que el beneficiario la pensión gracia no estuviere percibiendo otra pensión o cualquier remuneración con cargo al presupuesto de la Nación.

En este sentido, tal como fue concluido por el tribunal de instancia, es evidente la ilegalidad del reconocimiento pensional, pues la condición de docente nacional que aceptó tener la accionada durante más de 22 años de servicio antes y después del 31 de diciembre de 1980, claramente le impedía acceder al derecho a la pensión gracia, que estuvo dirigido de manera exclusiva a los docentes territoriales y nacionalizados.

De otra parte, la compatibilidad permitida por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 entre la pensión gracia y la de jubilación, en nada cambió la condición fundamental que justifica la primera, es decir el vínculo territorial o nacionalizado que sustentó una remuneración inferior a la percibida por un docente nacional.

Por lo anterior, no hay duda de que la demandada carece del derecho a la pensión gracia que le fue reconocida.

En este orden, debe tener en cuenta la Sala, que la consecuencia de la nulidad del acto particular, por regla general, es retrotraer las cosas al estado inicial, de manera que se entienda que la decisión extinguida del ordenamiento positivo por ilegal o inconstitucional, nunca existió.

Sin embargo, tal como lo analizamos en líneas anteriores, tratándose de casos donde se discuten prestaciones periódicas, y principalmente cuando la pretensión de restablecimiento es el reembolso o la devolución de sumas de dineros pagadas y no debidas, la ley se ha encargado de cualificar la manera en que ello es posible.

Al respecto, el literal c) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011²⁶, dispone que:

“La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)” (negritas y subrayas fuera de texto original).

Expresamente, consagra el legislador que en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad, no habrá lugar a la recuperación de las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; ello, guardando correspondencia con lo que venía dispuesto en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984²⁷, y principalmente con la presunción contenida en el canon 83 de la Constitución Política.

Así las cosas, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades, supuesto al que se ajusta el ejercicio del derecho de petición para solicitar un derecho de naturaleza prestacional, e inclusive la presentación de la acción de tutela en defensa de un derecho fundamental, aun cuando para lo controversia estén previstos los mecanismos ordinarios, pues en todo caso, será el juez constitucional quien determine su procedencia, su idoneidad y la protección definitiva o transitoria de los derechos vulnerados.

En tal virtud, en orden de hacer viable el reembolso de las sumas de dinero perseguidas en la demanda de lesividad, la entidad pública demandante debe centrar su esfuerzo procesal en demostrar no solo la ilegalidad de la reliquidación pensional ordenada por el juez de tutela, sino también, que la obtención de tal derecho por parte de la accionada se hizo con desconocimiento de los postulados de la buena fe, que como hemos precisado son presumibles.

En otros términos, tratándose del ejercicio de la acción de lesividad contra actos que versan sobre prestaciones periódicas, no opera el consecuencial restablecimiento del derecho, que permite retrotraer las cosas al estado anterior, sino que debe desvirtuarse la presunción de buena fe en cuanto a la consecución del derecho inicialmente obtenido.

Descendiendo al caso concreto, y valorando los medios de prueba que fueron aducidos de manera regular al informativo, encuentra la Sala que la accionada en ejercicio del derecho fundamental de petición, que es legítimo, pidió a la entidad actora el reconocimiento de la pensión gracia, para lo cual, entre otros requisitos, adujo dos certificados de tiempos de servicio con los que pretendió demostrar la actividad docente en las condiciones previstas en la ley.

Así las cosas, la actuación administrativa iniciada a través de la petición y los documentos aducidos a ella, le permitían a la entidad de previsión discernir sobre la procedencia del derecho, sin que exista otra evidencia en dicho expediente administrativo, o en esta actuación, que permita suponer que la accionada indujo a error para el reconocimiento de la pensión gracia.

Debe reiterarse, que este tipo de procesos llegan con una presunción en favor del demandado, y por ello, a la entidad pública demandante le asiste la carga procesal de desvirtuarla, a través de los medios probatorios previstos en la ley. Entonces, no puede invertirse la carga mencionada, y exigir del actor, que además de sostener su defensa, tenga que demostrar justo lo que la ley presume en su favor, esto es, que el acto fue expedido conforme a la ley, y que la ejecución del mismo, en cuanto a la recepción de prestaciones periódicas se hace de buena fe.

Es pertinente aclarar, que en algunas ocasiones la sección segunda de esta Corporación²⁸, ha encontrado pruebas o elementos de juicio a partir de los cuales, se desvirtuó la presunción de buena fe que cobija al pensionado demandado, como cuando existe claridad sobre el uso fraudulento de un documento o su producción por tales medios, o cuando existe inducción al error de la Administración de parte del peticionario.

Sin embargo, el anterior no es el panorama del presente proceso, pues la carga probatoria del demandante no fue debidamente asumida, ya que en el plenario no existen pruebas que evidencien la mala fe de la parte demandada en la obtención del derecho que le fue reconocido, por lo que es improcedente la recuperación de las sumas pagadas por virtud de acto acusado, así hubiere sido decretada su nulidad por desconocer los preceptos normativos a que debió sujetarse.

Recapitulando, el análisis de la Sala dentro de la acción de lesividad donde se persigue la nulidad de un acto de reconocimiento pensional, por encontrar incumplidos los requisitos de ley; debe acompañarse desde la óptica probatoria de elementos indicadores que la actuación del peticionario fueron determinantes para el error del ente previsional y para la consecución indebida del derecho.

A lo anterior, hay que sumarle que el alegado principio de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, definido en el ordenamiento jurídico con el Acto Legislativo 01 de 2005, que introdujo modificaciones al artículo 48 de la Constitución, obedece principalmente al reconocimiento y pago de las pensiones sobre las bases salariales que sirvieron para efectuar aportes, supuesto al que no se ajusta la pensión gracia, que como se sabe es una dádiva que da la Nación a los docentes con las condiciones previamente explicadas, y que es ajena al sistema pensional y por ende a sus cotizaciones.

De acuerdo con lo anterior, se imponen razones para que la sentencia apelada sea confirmada sin consideración adicional.

Ahora bien, respecto de las costas²⁹, debe reiterar la Sala lo expuesto sobre el particular por ambas subsecciones de la Sección Segunda³⁰ de esta Corporación, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el *a quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades, hizo uso mesurado de su derecho de defensa. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, Subsección "B" Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR CON MODIFICACIONES la sentencia de 19 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, contra Elizabeth Andrea Morales; excepto el numeral QUINTO que se REVOCA, y en su lugar, la Sala se abstiene de condenar en costas al vencido, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Por intermedio de la Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores Consejeros.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTERCESAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Ingreso al Despacho para fallo el 4 de agosto de 2017, folio 312.

² En adelante UGPP.

³ “Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.”

⁴ Expediente No. S-699, Actor: Wilberto Therán Mogollón.

⁵ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

⁶ por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

⁷ Sentencia del 19 de enero de 2006, Expediente 6024-05, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro.

⁸ Sentencia del 14 de noviembre de 2015, expediente 2636-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁹ Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927.

¹⁰ Sentencia del 14 de noviembre de 2015, exp.2636-2014, CP Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Ver Sentencia T-475 de 1992

¹² *Ibíd.*

¹³ Ver Sentencia C-071 de 2004

¹⁴ Ver sentencia de la Sección Segunda, Subsección “B”, con ponencia del Consejero Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de 8 de mayo de 2008, dentro del proceso radicado con el No. 0949- 2006.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo. La Ley y su Justicia. Madrid 2008. Traducción Editorial Trotta 2014. Pagina 205.

¹⁶ Sentencia de 2 de marzo de 2000. Expediente No. 12.971. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda

¹⁷ Sentencia de 17 de mayo de 2007. Exp. 3287-05. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹⁸ Sentencia de 21 de junio de 2007. Expediente: 0950-06. M.P: Ana Margarita Olaya Forero.

¹⁹ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 0488-07. M.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁰ En este sentido, se pronunció recientemente la Sala en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, exp. 2677-15, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, y del 29 de junio de 2017, exp. 4321-2016, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²¹ Sentencia del 25 de abril de 2002, sección segunda, subsección A, exp. 1783-01, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

²² Folio 75 reverso, registro civil de nacimiento.

²³ Folio 92.

²⁴ Reverso Folio 92. Se toma como fecha límite la de expedición del certificado, 30 de abril de 2007.

²⁵ Con ponencia de Carlos Gaviria Díaz.

²⁶ CPACA.

²⁷ CCA

²⁸ Las citadas en el acápite del principio de la buena fe.

²⁹ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

³⁰ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Fecha y hora de creación: 2023-03-29 07:49:14

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 027

MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES	EDWARD ARBELÁEZ LONDOÑO Y OTROS
DEMANDADAS	NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y OTRO
RADICADO	76001-33-33-009-2018-00153-00

El Despacho procede a dictar sentencia en el proceso de reparación directa promovido por el señor Edward Arbeláez Londoño y otros contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control previsto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 y por conducto de apoderado judicial, los señores Edward Arbeláez Londoño, Ginette Arbeláez Londoño y Maria Fabiola Marin Loaiza, solicitaron que se declarara a la Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, administrativa y patrimonialmente responsables de los daños que le fueron causados por la privación presuntamente injusta de la libertad de la que fue objeto el primero de los mencionados durante el lapso comprendido entre el 25 de diciembre de 2015 al 26 de mayo de 2016, así como por el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia¹.

2. Hechos relevantes

Como fundamentos fácticos relevantes, se tienen los siguientes:

- Que el señor Edward Arbeláez Londoño, al momento de la detención, se dedicaba a labores informales (cargador de canastos y vendedor de dulces); así mismo, señalan que consumía sustancias alucinógenas desde la edad de doce (12) años y que presenta problemas graves de salud, tales como, VIH y tuberculosis².

- Que el 25 de diciembre de 2015, cuando se encontraba en la calle 28 con carrera 25 esquina del barrio trinidad de la ciudad de Palmira, fue interceptado por miembros de la Policía Nacional, quienes lo requirieron para un registro personal, encontrándosele una bolsa de bazuco. En ese sentido, resaltan que el señor Arbeláez Londoño no se encontraba vendiendo ni consumiendo estupefacientes, como se dejó escrito en el informe de Policía de vigilancia en casos de flagrancia - FPJ5-, sino que portaba su dosis de aprovisionamiento y haciendo uso de su derecho a la locomoción³.

- Que el 26 de diciembre de 2015, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Funciones de Control de Garantías de Palmira-Valle, en audiencia preliminar solicitada por el fiscal 148 seccional, se legalizó la captura, formuló la imputación y decretó la medida de aseguramiento en contra del

¹ Vinculo 001, folio 42, del expediente.

² Vinculo 001, folio 3, del expediente.

³ Vinculo 001, folio 4, del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

señor Edward Arbeláez Londoño por la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, a título de autor. Cargos que no fueron aceptados por el señor Arbeláez.

- Que la falla de la Fiscalía General de la Nación al momento de imputar y solicitar la medida de aseguramiento en contra del señor Arbeláez Londoño, radicó en que no hizo un estudio detenido de los elementos probatorios, los cuales permitían inferir que se trataba de una persona consumidora de sustancias alucinógenas.

- Que la falla en que incurrió la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial estuvo en haber aceptado la solicitud impetrada por la Fiscalía General de la Nación, al restringir la libertad del señor Arbeláez Londoño, ya que no era necesaria y no cumplía con los requisitos de ley, así como tampoco protegió los derechos fundamentales de un enfermo y consumidor de estupefacientes quien merecía un trato de especial protección por parte del Estado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, invocó el artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 65 de la Ley 270 de 1996⁴. Al explicar el concepto de violación, la parte demandante adujo que, el título aplicable al presente caso debe ser el régimen de responsabilidad objetivo, al haberse edificado su libertad en la causal de exoneración de "*atipicidad del hecho investigado*".

Resaltó que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la situación de enfermedad en que incurren las personas que consumen sustancias alucinógenas, convirtiéndolas en víctimas del entorno social. Así mismo, señaló que por su misma adicción muchas veces sobrepasan los límites autorizados por la ley para el porte y consumo personal.

Advirtió que, si una persona adicta a las sustancias alucinógenas lleva y porta cantidades superiores a las permitidas bajo el postulado de dosis personal, carece de antijuricidad de la conducta, pues si dentro del proceso se prueba que es un adicto y que las cantidades incautadas son las que necesita para satisfacer sus ansias, no podría ser judicializado.

Precisó que, la cantidad incautada no debió ser el factor determinante para el juzgamiento del señor Arbeláez Londoño, pues si bien portaba y superaba los límites permitidos en relación a los alucinógenos, se debió establecer la finalidad de dicha conducta con relación al material encontrado en su poder. En ese sentido, afirmó que era la Fiscalía General de la Nación a quien le correspondía demostrar el uso que se le iba dar a esa sustancia.

4. Contestación de la demanda

4.1 La Fiscalía General de la Nación: Dio respuesta oportuna a la demanda⁵, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó que no hay mérito para declarar su responsabilidad, ya que no se evidencia una actuación arbitraria, ni error judicial o un defectuoso funcionamiento de la administración judicial.

Señaló que, los perjuicios solicitados por la parte demandante no son viables en la medida que no se ajustan a la tabla o límites establecidos por el Consejo de Estado, por lo que requiere se tenga en cuenta la relevancia y gravedad de los hechos materia de debate; así mismo, indicó que no se aportaron prueba con el fin de que esos perjuicios sean reconocidos.

Como complemento a lo anterior, propuso las siguientes excepciones:

-Falta de legitimación en la causa por pasiva: concluyó que la Fiscalía General de la Nación no se encontraría legitimada, toda vez que la medida preventiva de la detención del sindicado emanó de un juez de la república, siendo este el causante del daño antijurídico que sufrió el imputado.

⁴ Vinculo 001, folio 31, del expediente.

⁵ Vinculo 001, folio 298, del expediente digital.

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

-Culpa exclusiva de la víctima: Advirtió que la configuración del daño antijurídico por privación de la libertad tuvo origen en el actuar imprudente del sindicado. Además, agregó que el hecho de haber sido precluida la investigación, no quiere decir que haya existido un error jurisdiccional o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, sino que obedeció a la aplicación de la ley penal, la cual prevé formas de terminación de la investigación o del juicio cuando no hay mérito para seguir adelante con la actuación. Amén de que, la investigación que fue iniciada por el actuar del sindicado.

-Ausencia del daño antijurídico e imputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación: Resaltó que un requisito primordial para que proceda la responsabilidad patrimonial del estado es la existencia de un daño antijurídico, por lo que señaló, que el ente investigador no está legitimado para responder por los daños presuntamente causados a los demandantes, pues si no hubo daño antijurídico no hay lugar a reparación; además, afirmó que todo daño no implica un perjuicio que se deba reparar.

-Inexistencia del nexo de causalidad: manifestó que no se evidenció falla en el servicio, pues dentro del plenario no se aportó prueba que conlleve a la responsabilidad patrimonial y administrativa del ente investigador.

4.2 Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial: Contestó oportunamente la demanda⁶, argumentando que el Juez con Funciones de Control de Garantías que actuó dentro del proceso penal, cumplió con las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, ya que las audiencias dirigidas por él, fueron audiencias preliminares, en las cuales no se discute la responsabilidad penal del imputado, por cuanto este trabaja con elementos probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida; elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir responsabilidad alguna.

Expuso que, de la demanda se desprende claramente que se cumplió con la finalidad de las instancias, las cuales son, para la Fiscalía General de la Nación, la de adelantar la investigación y posterior acusación con base en el materia probatorio arrojado al plenario y, la del Juzgado de Conocimiento, la de adelantar la etapa de juicio; finalidad creada por el Legislador como una garantía al procesado, sin que tal decisión legitime al demandante para reclamar la indemnización patrimonial que consagra el artículo 90 de la Carta Política.

Afirmó que, la conducta del señor Arbeláez Londoño fue determinante en la producción del daño, en tanto la captura y posterior imposición en su contra de la medida de aseguramiento de detención se produjo como consecuencia directa de su conducta descuidada e imprudente, al consumir sustancias alucinógenas en un lugar donde fabricaban estupefacientes; por tanto, la privación de la libertad de la que fue objeto no le es imputable a la parte demandada, sino a él mismo, razón por la que se deben de negar las pretensiones.

En relación a lo anterior, propuso las excepciones de:

-Falta de legitimación en la causa por pasiva: Indicó que, al momento de legalizar la captura, el Juez de control de garantías no tiene la facultad de hacer juicios de responsabilidad penal, sino de verificar que los procedimientos se hayan cumplido (lo que se presentó en este asunto); además, señaló que existían indicios de responsabilidad.

-Inexistencia de perjuicios y/o excesiva solicitud de perjuicios: Afirmó que no existió daño alguno que pueda imputársele a la Rama Judicial, por ende, no hay lugar al resarcimiento de perjuicios.

-Culpa exclusiva de la víctima: Agregó que fue el mismo señor Arbeláez Londoño quien con su conducta provocó la detención (portaba sustancias alucinógenas prohibidas).

-Inexistencia de nexo de causalidad: Manifestó que no corresponde al juez de control de garantías, más allá de sus competencias y facultades probatorias, determinar el análisis de la culpabilidad o exoneración de la responsabilidad, más cuando el proceso penal inició por la investigación realizada por la Fiscalía General de la Nación, siendo esta la entidad sobre la que recae la responsabilidad de traer al proceso la carga de la prueba, conllevando al juez de conocimiento determinara la absolución.

⁶ Vínculo 001, folio 320, del expediente digital.

-Innominada o genérica: Solicitó que se declare cualquier excepción que se encuentre probada.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante. Además de reiterar los argumentos presentados en el escrito de demanda, también indicó que quedó demostrado el daño antijurídico y la imputabilidad de las entidades demandadas, por lo que no existe ninguna eximente de responsabilidad frente a las mismas, por lo que nuevamente solicitó se acceda a las pretensiones.

5.2. Parte demandada - Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Reiteró lo señalado en la contestación de la demanda, señalando que el daño cuya indemnización se pretende no le es imputable, pues se demostró que fue el demandante quien provocó la captura de manera exclusiva y determinante.

5.3. Parte demandada – Fiscalía General de la Nación. No presentó alegatos de conclusión.

6. Trámite

- La demanda fue presentada el 25 de junio de 2018⁷ y admitida por auto del 16 de julio de 2018⁸.
- La notificación de la demanda se surtió el 23 de julio de 2018⁹.
- Mediante auto 147 del 20 de abril de 2021, se dio aplicación al numeral 1º del artículo 13 del Decreto 806 de 2020¹⁰.
- La Parte demandante presentó los alegatos de conclusión el 6 de mayo de 2021¹¹ y la Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial el 29 de abril de 2021¹².

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

Este Despacho es competente para resolver en primera instancia el presente asunto debido al factor territorial (numeral 6º del artículo 156 del CPACA) y a la naturaleza y cuantía del asunto (numeral 6º del artículo 155 de la ley 1437 de 2011). En efecto, se trata de un asunto de reparación directa cuyos hechos se produjeron en el municipio de Palmira y en el que la cuantía no excede los 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Problema jurídico

El problema jurídico se centra en establecer si, las entidades accionadas son responsables administrativamente de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que le habían sido ocasionados a los demandantes como consecuencia de la privación presuntamente injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Edward Arbeláez Londoño, durante el periodo comprendido entre el 25 de diciembre de 2015 al 26 de mayo de 2016.

Así mismo, se debe establecer si, durante el proceso penal adelantado en contra del señor Edward Arbeláez Londoño, las entidades accionadas incurrieron en un error judicial y/o un defectuoso funcionamiento de administración de justicia.

3. Solución del caso

Para resolver el problema jurídico propuesto, el Despacho se referirá a los siguientes aspectos: **i)** marco normativo y jurisprudencial aplicable y, **ii)** el caso concreto.

⁷ Vinculo 001, folio 205, del expediente digital.

⁸ Vinculo 001, folio 206, del expediente digital.

⁹ Vinculo 001, folio 212, del expediente digital.

¹⁰ Vinculo 006 del expediente digital.

¹¹ Vinculo 008 del expediente digital.

¹² Vinculo 009 del expediente digital.

3.1. Marco normativo aplicable

3.1.1. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

La cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política establece que: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)».

A partir de lo anterior, es claro que, en relación con el tema de la responsabilidad extracontractual de la administración y en general del Estado, el constituyente de 1991 previó que éste debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

De igual manera, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que consagra el medio de control de reparación directa, establece que la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico por la acción u omisión de los agentes del Estado, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Ahora, para que se origine la responsabilidad de naturaleza extracontractual de la administración, no es necesario que el daño sea consecuencia de una conducta dolosa, es decir, llevada a cabo con la intención de causar el daño, sino que es suficiente que el mismo se cause con la sola culpa, esto es, por impericia o negligencia del agente, o, mediante la violación de normas o reglamentos o en últimas por el quebrantamiento patrimonial que hay que reparar¹³.

En virtud de lo expuesto, es importante indicar que, la Ley 270 de 1996 definió en sus artículos 65 a 69 los eventos en los cuales se puede enmarcar la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones de sus agentes judiciales, determinando de tal forma, que el Estado responderá patrimonialmente por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

A partir de lo anterior y teniendo en cuenta los fundamentos fácticos en los cuales se sustenta la demanda de la referencia, es menester señalar que el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que: «Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios».

Bajo ese contexto, el Consejo de Estado ha sostenido que, pese a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, siempre que una persona privada de la libertad resulte absuelta por alguna de las hipótesis previstas en el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (CPP), pues, tal circunstancia configurará una detención injusta, aun cuando ello hubiere ocurrido con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva de la norma¹⁴.

Por otro lado, es importante resaltar que, en recientemente decisión, el Consejo de Estado señaló: «el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento»¹⁵, pues, «el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina **con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión**, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que **se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración**»¹⁶. (Subrayas fuera de texto).

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1991, Radicado interno No. 6784, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00210-01(43562).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 6 de agosto de 2020, Radicado 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), Consejero Ponente: Dr. José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁶ *Ibidem*.

Como sustento de lo anterior, dicha Colegiatura hizo énfasis en la sentencia SU-072 de 2018, proferida por la Corte Constitucional, en la que se precisó lo siguiente:

En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que **el significado de la expresión 'injusta' necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho ...**

(...)

De esta manera, **dependiendo de las particularidades del caso**, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.**

Es importante resaltar, que el Alto Tribunal Constitucional, para aquellos casos donde **el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica**, señaló que «es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos»; situación que no ocurriría en los eventos donde **el procesado no cometió la conducta o se dio aplicación al in dubio pro reo**, como quiera que estos casos «exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma».

En todo caso, para efectos de imputar responsabilidad alguna al Estado, el Operador Judicial deberá analizar si se cumplen los tres elementos de la responsabilidad del Estado, a saber, i) el daño antijurídico, ii) La imputación del mismo al Estado y iii) el nexo causal entre los dos anteriores.

3.1.2. Hechos probados

Revisadas las pruebas obrantes en el plenario, se observa lo siguiente:

1.- Según informe de Policía de Vigilancia (captura en flagrancia-FPJ-5), el día 25 de diciembre de 2015, siendo las 23:40 horas aproximadamente, los patrulleros Cristian Rodríguez Burbano y Bryan Reyes Padilla se encontraban en la calle 28 con carrera 25 esquina, barrio trinidad de Palmira – Valle, y al observar un sujeto que vestía chaqueta azul, mocho jean color azul y zapatillas de color negro con gris, quien se encontraba en una actitud sospechosa, pues al notar la presencia policial emprendió la huida, procedieron a interceptarlo más adelante, solicitándole un registro personal, hallándosele en la pretina derecha del jean una bolsa con 60 papeletas plásticas transparentes que en su interior contenía una sustancia pulverulenta de color beis, que por su olor y características se semejaba al bazuco. De inmediato procedieron a leerle y materializarle los derechos como persona capturada por el delito de tráfico, porte y/o fabricación de estupefacientes y luego fue trasladado a las instalaciones del CAI factoría, con el fin de hacerle la respectiva documentación para dejarlo a disposición de la autoridad competente¹⁷.

2.- En virtud de lo anterior, las audiencias preliminares fueron llevadas a cabo el día 26 de diciembre de 2015, por parte del Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira-Valle, quien legalizó la captura, formuló la imputación por la presunta comisión del delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con lo previsto

¹⁷ Vinculo 003 del expediente digital.

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

en el inciso 2 del artículo 376 del Código Penal, en calidad de autor, verbo rector -llevar consigo- y, finalmente, le impuso medida de aseguramiento de detención en centro carcelario, de conformidad con el numeral 2º y 3º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, dada la gravedad y modalidad del delito y al considerar que el investigado representaba un peligro por la reiteración de la conducta punible¹⁸.

3.- Luego, la Fiscalía 142 Seccional Palmira-Valle, el día 12 de enero de 2016, solicitó la preclusión de la investigación por atipicidad del hecho investigado, ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del señor Edward Arbeláez Londoño, en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes¹⁹.

4.- Mediante acta de audiencia de fecha 25 mayo de 2016, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Palmira-Valle, resolvió precluir la investigación que se adelantaba en contra del señor Edward Arbeláez Londoño por la conducta de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes²⁰.

5.- Mediante oficio no. 225-EPAMSCASPAL – DIR - 1083 del 22 de febrero de 2017, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, certificó que el señor Edward Arbeláez Londoño estuvo privado de la libertad desde el 25 de diciembre de 2015 al 26 de mayo de 2016²¹.

6.- Finalmente, de la orden de libertad no. 013 del 25 de mayo de 2016 se extrae, que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira-Valle resolvió precluir la investigación adelantada al señor Edward Arbeláez Londoño, por el delito Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes²².

3.4 Análisis del Caso

3.4.1 El daño

El primer elemento que se debe analizar es la existencia del daño, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, no hay lugar a declarar responsabilidad sin daño y solo ante su acreditación se puede explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado²³.

Ahora bien, de conformidad con el caudal probatorio descrito líneas atrás, para el Despacho es claro que en el *sub-lite* se configura la existencia de un daño antijurídico, como quiera que el demandante Edward Arbeláez Londoño fue privado de su libertad desde el 25 de diciembre de 2015 al 26 de mayo de 2016, en atención a la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía 148 Seccional de Palmira - Valle e impuesta posteriormente por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Funciones de Control de Garantías de Palmira - Valle.

3.4.2 Imputación

Establecida la existencia del daño, es necesario verificar si este es imputable o no a las entidades demandadas.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996²⁴, analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, consideró:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los

¹⁸ Vinculo 003, prueba 6, del expediente digital.

¹⁹ Vinculo 003, prueba 7, del expediente digital.

²⁰ Vinculo 003, prueba 12, del expediente digital.

²¹ Vinculo 003, prueba 14, del expediente digital.

²² *Ibidem*.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, expediente. 16.516, C.P.: Enrique Gil Botero; de 6 de junio de 2012, expediente. 24.633, C.P.: Hernán Andrade Rincón, entre muchas otras.

²⁴ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención".

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

Así mismo, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 2018²⁵, que ningún cuerpo normativo *-a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996-* establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, en otros términos, si devino o no en injusta.

Sobre el particular, indicó:

*"80. En ese orden, la Corte ha considerado que el artículo 90 Superior permite acudir tanto a la **falla del servicio como a un título de imputación objetivo**, de esa manera, para decidir diferentes casos ha matizado posturas rígidas afirmando que el **daño antijurídico no excluye la posibilidad de exigir la demostración de una actuación irregular del Estado**.*

*"81. De la misma forma, se anota que la Corte y el Consejo de Estado comparten dos premisas: **la primera**, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). **La segunda**, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional.*

"(...)

"101. Ahora bien, el Consejo de Estado ha acudido a una fórmula en aras de ofrecerle consistencia jurídica a los asuntos que se someten a su consideración cuando su génesis lo es la privación injusta de la libertad y en esa tarea ha señalado que es posible aplicar un sistema de responsabilidad objetivo o uno de falla del servicio. Tal formulación, en principio, coincide con la jurisprudencia constitucional, la cual, se reitera, no impone un determinado régimen de responsabilidad.

"Sin embargo, ha establecido esa alta Corporación que en cuatro eventos de absolución, cuales son a saber: (i) que el hecho no existió; (ii) el sindicado no lo cometió; (iii) la conducta no constituía hecho punible; o (iv) porque no se desvirtuó la presunción de inocencia –principio in dubio pro reo- debe acudirse a un título de imputación objetivo que está dado por la figura del daño especial.

"(...)

*"En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión '**injusta**' necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió*

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada**, previa la verificación de su conformidad a derecho ...

"(...)

"De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.**

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

"(...)

"Nótese que en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

"El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

"(...)

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

Tomando como marco de reflexión lo expuesto, es claro que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Visto lo anterior, el Despacho procede a estudiar si las decisiones proferidas por las demandadas en el marco del proceso adelantado en contra de Edward Arbeláez Londoño se ajustaron a los supuestos previstos en la normatividad procesal penal vigente para la época en que ocurrieron los hechos, que dieron origen a la investigación.

A partir de lo anterior, es del caso resaltar que el artículo 32 de la Constitución Política establece que: "El delincuente sorprendido en flagrancia **podrá ser aprehendido** y llevado ante el juez por cualquier persona (...)" (Negrillas del Despacho).

Así mismo, la Ley penal, a través del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, dispuso que la captura en flagrancia se da, entre otras causas, cuando: i) la persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito, ii) **La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución** o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración y iii) La

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.

No obstante, la captura, al ser una medida privativa de la libertad, debe someterse al cumplimiento estricto de los requisitos de necesidad, proporcionalidad y convicción sobre la probabilidad del hecho punible, además, de estar sujeta a la satisfacción de los fines constitucionales, pues de no ser así, puede incurrirse en una captura ilegal y/o arbitraria.

En razón de lo expuesto, el artículo 302 *ibídem*, dispuso que la autoridad que efectúe una captura en flagrancia deberá conducir al indiciado ante la Fiscalía General de la Nación de manera inmediata a la aprehensión o, a más tardar en el término de la distancia.

Lo anterior, con el fin de que la Fiscalía, dentro del término de treinta y seis (36) horas siguientes a la aprehensión, ponga a disposición del Juez de Control de Garantías la persona detenida preventivamente, para que en audiencia preliminar se legalice la captura, de conformidad con la norma en cita y el artículo 28 de la Constitución Política y, se resuelvan las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público que estuvieren pendientes.

Así pues, en caso de que el Operador Judicial decrete la imposición de una medida de aseguramiento al indiciado, esta no puede estar sujeta a su capricho, arbitrio o mera voluntad subjetiva, dado que la misma debe guardar coherencia con los elementos materiales probatorios, evidencia física o información (obtenidos legalmente), de la que se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga y siempre y cuando se cumpla con alguno de los requisitos previstos en el artículo 308 *ibídem*, a saber: i) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y iii) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Como bien se observa, tanto el constituyente de 1991 como legislador han facultado a las autoridades para aprehender a quien sea sorprendido cometiendo un ilícito; no obstante, dicha actuación debe contar con razones suficientes o elementos probatorios a partir de los cuales se pueda concluir que se está en presencia de un hecho delictivo, para efectos de proceder con la captura del infractor.

Tomando como marco de reflexión lo anterior y valoradas las pruebas que obran en el plenario, el Despacho considera que en caso bajo estudio no hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas por falla en la prestación del servicio, por las razones que pasan a exponerse:

La Fiscalía General de la Nación, al momento de solicitar ante los Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales Municipales con Función de Control de Garantías de Palmira-Valle la legalización de la captura, la formulación de imputación y la medida de aseguramiento en contra del señor Edward Arbeláez Londoño, no incurrió en una falla en la prestación del servicio, como quiera que su actuación se ajustó a la captura en flagrancia que efectuaron los respectivos Agentes de la Policía Nacional, la cual se configuró bajo el cumplimiento de las situaciones establecidas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, debido a que la captura se dio durante la presunta realización de un delito.

Así mismo, de las pruebas que obran en el plenario se logra determinar que, la legalización de la captura formulada por la Fiscalía General de la Nación estuvo ajustada a derecho, como quiera que la misma tuvo fundamento en la sustancia incautada al señor Edward Arbeláez Londoño (cocaína) y en la cantidad de la misma (60 papeletas -11 gramos-), como se señaló en los formatos -FPJ-5- , -FPJ-27 y en el audio de la audiencia de preclusión²⁶.

De manera que, ante tales circunstancias la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la obligación de solicitar ante el Juez de control de garantías la medida de aseguramiento en contra del señor Edward Arbeláez Londoño, toda vez que se encontraba frente a una conducta grave que atentaría contra el fin constitucional de proteger a la comunidad.

²⁶ Vinculo 003, prueba 15, del expediente digital.

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el Despacho considera que las pruebas con las que contaba la Fiscalía General de la Nación para solicitar la medida de aseguramiento en contra del señor Edward Arbeláez Londoño y las circunstancias en que se ocasionaron los hechos ocurridos el día 25 de diciembre de 2015, en donde este resultó privado de la libertad, eran suficientes para proceder de tal forma, sin que se observe alguna falla en la prestación del servicio, más aún cuando para dicho momento el ente investigador y acusador contaban con los elementos probatorios requeridos para tomar tal decisión.

Por otro lado, se observa que la actuación desplegada por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Funciones de Control de Garantías de Palmira – Valle, de legalizar la captura e imponer medida de aseguramiento en contra del señor Edward Arbeláez Londoño, también se encuentra ajustada a derecho, como quiera que la misma tuvo sustento en la solicitud realizada por la Fiscalía General de la Nación, la cual cumplió con los requisitos legales para ello, amén de que se fundó en las pruebas documentales y pericial legalmente obtenidas, que permitieron inferir, en ese momento procesal, que el señor Edward Arbeláez Londoño era el presunto autor del delito imputado.

Lo anterior, demuestra que la decisión adoptada por el operado judicial, de restringir la libertad del imputado, no fue el resultado de un simple capricho o de la imposición de su voluntad subjetiva, ya que contaba con suficientes elementos probatorios para dictar la medida de aseguramiento, como efectivamente se hizo, pues se decretó bajo los requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, esto es, que el imputado constituía un peligro para la sociedad.

Por otro lado, el Despacho advierte que si bien en forma posterior la Fiscalía 142 de Palmira-Valle solicitó el día 12 de enero de 2016 la preclusión de la investigación por atipicidad del hecho investigado y, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira-Valle, procedió a revocar la medida en audiencia celebrada el día 25 de mayo de 2016, al considerar que no había certeza respecto de la comisión del delito imputado, lo cierto es que tales actuaciones no dan lugar a deprecar una responsabilidad administrativa de las entidades accionadas por falla en la prestación del servicio, toda vez que en el curso del proceso se logró demostrar que desde el momento en que el señor Edward Arbeláez Londoño fue puesto a disposición de la autoridad judicial competente, existían elementos probatorios suficientes para considerarlo como presunto autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes; amén de que, la atipicidad de la conducta en este tipo de casos sólo puede ser desvirtuada después de un debate probatorio que permita determinar con certeza si, en efecto, el presunto infractor tiene una condición de consumidor o adicto o realmente la cantidad incautada y que superaba la dosis personal, tenía una actividad diferente al consumo.

Respecto de la afirmación del señor Arbeláez Londoño, relacionada a "que era consumidor de drogas", si bien la carga de la prueba no puede ser trasladada a este, no puede perderse de vista que en los formatos -FPJ-5, -FPJ- 27 y registro cadena de custodia, se señaló que la sustancia incautada eran 60 papeletas de cocaína, es decir, superaba lo permitido por la ley²⁷ y, al realizarse la legalización de la captura, no demostró que esta se constituyera como una medida de aprovisionamiento; en ese orden, comoquiera que el Estado no puede suponer en ese caso que correspondía a su medida de aprovisionamiento, era deber del aquí demandante demostrar la necesidad de su porte.

Así las cosas, el Despacho concluye que en el presente asunto no se logró demostrar una falla en la prestación del servicio, ni el error judicial y un defectuoso funcionamiento de administración de justicia por parte de las entidades accionadas, toda vez que al revisar las actuaciones adelantadas por cada uno de los funcionarios, se evidencia que las decisiones no fueron adoptadas de manera arbitraria o desproporcionada, por el contrario, se observa que la medida de aseguramiento se ajustó a derecho y los elementos probatorios legalmente obtenidos permiten inferir que el señor Edward Arbeláez Londoño, se encontraba en la obligación de soportarla.

En tal virtud, se procederá a negar las pretensiones de la demanda, al no encontrarse acreditada una falla en la prestación del servicio, ni el error judicial, mucho menos un defectuoso funcionamiento de administración de justicia, por parte de la Nación-Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

²⁷ En este punto, es menester precisar que el artículo 2 de la Ley 30 de 1986 establece que la dosis personal es aquella cantidad "de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo", que en el caso de la cocaína o sus derivados, no exceda de un (1) gramo.

Radicado No. 76001-33-33-009-2018-00153-00

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016²⁸, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017²⁹, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, "*...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas***". (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*falta de legitimación por pasiva*" alegada por la entidades demandadas, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas: "*inexistencia de nexo causal y ausencia de daño antijurídico*", planteadas por la Fiscalía General de la Nación, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación de costas por intermedio de la secretaría, siguiendo las pautas establecidas en el art. 366 del C.G.P., **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MIRFELLY ROCIO VELANDIA BERMEO

JUEZ

Providencia firmada electrónicamente. Su autenticación podrá ser validada en el siguiente link:

<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE GUADALAJARA DE BUGA VALLE DEL CAUCA**

Sentencia No. 132

RADICACION	76-111-33-33-001-2017-00178-00
MEDIO DE CONTROL	Reparación Directa
DEMANDANTE(S)	Jorge Diego Santa Arboleda (notificaciones@legallgroup.com.co)
DEMANDADO(S)	Nación – Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación – Policia Nacional (jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co) (dsajclinotif@cendoj.ramajudicial.gov.co) (deval.notificacion@policia.gov.co)

Guadalajara de Buga, 20 de Octubre de 2021

ASUNTO A DECIDIR

En atención a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** consagrado en el artículo 140 del CPACA, propuesto a través de apoderado por los(as) señores(as) Los(as) señores(as) **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** (perjudicado directo) y **MARITZA SALAZAR SEPÚLVEDA** (compañera permanente del perjudicado directo) actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor **JUAN ESTEVAN SANTA SALAZAR** (hijo del perjudicado directo); **HERNANDO ANTONIO SANTA BEDOYA** (padre del perjudicado directo), **MIRIAN MEJÍA DE SANTA** (madre del perjudicado directo), **RAÚL SANTA MEJÍA** (hermano del perjudicado directo) quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor **LUISA FERNANDA SANTA ALVIS** (sobrina del perjudicado directo); **LIDA AMPARO SANTA MEJÍA** (hermana del perjudicado directo), **YEINER SANTA SEPÚLVEDA** (hermano del perjudicado directo), **DIANA PATRICIA MARÍN MEJÍA** (hermana del perjudicado directo), **YEINSON ALEJANDRO SANTA SEPÚLVEDA** (hermano del perjudicado directo), **MARINO DE JESÚS SANTA BEDOYA**

(tío paterno del perjudicado directo), **ARNULFO SANTA BEDOYA** (tío paterno del perjudicado directo), **JOSÉ EDGAR SANTA BEDOYA** (tío paterno del perjudicado directo), quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores **JUAN DAVID SANTA SEPÚLVEDA** y **TATIANA SANTA SEPÚLVEDA** (primos del perjudicado directo); **DORA EMILCE SANTA GARCÍA** (prima del perjudicado directo), quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijas menores **DIANA CAROLINA MORALES SANTA**, **KAREN DANIELA MORALES SANTA** (primas en segundo grado del perjudicado directo) y **LICETH VANESSA BLANCO SANTA** (prima en segundo grado del perjudicado directo); **MARÍA ARACELLY SEPÚLVEDA GORDILLO** (suegra del perjudicado directo) y **ANDRÉS SEPÚLVEDA GORDILLO** (cuñado del perjudicado directo), en contra de **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – POLICIA NACIONAL**, con el fin que se les declare administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios de orden material y moral, que les fueron ocasionados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**.

PRETENSIONES

Solicita la parte demandante, por intermedio de su apoderado judicial, que se hagan en su favor las siguientes o similares:

DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que se declare administrativa y patrimonialmente responsables, a **LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a **LA RAMA JUDICIAL**, por la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, en el lapso comprendido entre el 25 de agosto de 2012 y el 13 de julio de 2015, así como el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

SEGUNDA: Como consecuencia, se condene a los demandados a reconocer y pagar solidariamente a los demandantes, los perjuicios morales, además de la afectación a bienes o derechos convencionalmente y Constitucionalmente protegidos, los daños al buen nombre y honra del señor **SANTA ARBOLEDA**, y los daños a la salud ocasionado a los demandantes.

TERCERA: Que los valores que se ordene pagar sean debidamente indexados y que se condene en costas y gastos del proceso, incluidas agencias en derecho, a las entidades demandadas.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

PRIMERO: Que el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, al momento de su detención laboraba para la empresa **PERFORACIONES 2010**, como obrero de topografía.

SEGUNDO: Que el día 25 de agosto de 2012, al terminar su jornada laboral, se desplazó desde el Municipio de Zarzal (V) hacia su lugar de residencia, esto es, la vereda el Laguito de Bugalagrande (v), previo a ello, arribo al corregimiento de Ceilán, al establecimiento de comercio **BAR DISCO VERDE**, en donde debía recoger una hoja de vida de un amigo, que ingreso al mencionado establecimiento alrededor de las 19:00 y 20:00 horas, en donde fue invitado a que departiera con los allí presentes, invitación la cual rechazo pues debía continuar a su residencia, que minutos después arribaron los policiales, quienes le solicitaron un requisita, a la cual accedió sin oponer resistencia, luego de la requisita el policial señalo un arma de fuego que se encontraba sobre una silla que hacia parte de la mesa a la que fue invitado, sin embargo el señor **SANTA ARBOLEDA**, les manifestó que dicha arma no era de su propiedad y no conocía quien era el propietario de la misma, sin embargo fue conducido a la estación de policía de Ceilán (V), en donde le informan que era capturado por el delito de **FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES**.

TERCERO: Que el día 26 de agosto de 2012, fue celebrada la audiencia preliminar por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Buga con Funciones de Control de Garantías, en la cual se le impuso medida de aseguramiento en modalidad domiciliaria.

CUARTO: Que el día 22 de agosto de 2013, se dio inicio a las audiencias de juicio oral por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, en la cuales fueron escuchados los testigos citados por la Fiscalía General de la Nación.

QUINTO: Que el día 10 de septiembre de 2015, se celebros audiencia de lectura del fallo en donde es absuelto el señor **SANTA ARBOLEDA**, quien estuvo privado de la libertad desde el 25 de agosto de 2012, hasta el día 13 de julio de 2015, fecha en que recobro su libertad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución Política.

Jurisprudencia Consejo de Estado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La demanda fue contestada por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que en el caso en cuestión no se configuran los presupuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad, toda vez que la actuación de la entidad se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos. Así mismo, aduce que no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, error o privación injusta de la libertad en el presente asunto.

Propuso como excepciones la de falta de legitimación por pasiva.

RAMA JUDICIAL

La demanda fue contestada por la **RAMA JUDICIAL**, dentro del término para ello dispuesto, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y arguyendo que las actuaciones desplegadas por la entidad se enmarcaron en la Constitución y en la ley, y que se respetó el derecho de defensa y por consiguiente el debido proceso, que la responsabilidad dentro del presente proceso recae sobre la Policía Nacional pues fue la entidad que capturo en una supuesta flagrancia al hoy demandante.

Propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de nexo de causalidad entre actuaciones realizadas por la Rama Judicial y la producción del daño, Intervención de tercero como causal eximente de responsabilidad, y la innominada.

POLICIA NACIONAL

Por su parte, la **POLICIA NACIONAL** contesto La demanda dentro del término para ello dispuesto, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y señalando que las actuaciones desplegadas por los miembros de la Policía Nacional se enmarcaron en la Constitución y en la ley, que los uniformados de Policía como auxiliares de justicia, les corresponde poner a disposición de las autoridades competentes a las personas capturadas en flagrancia como en el presente caso.

Propuso como excepción la de falta de legitimación por pasiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia de pruebas, que se llevó a cabo el 24 de febrero de 2021, se ordenó la presentación de los alegatos por escrito, concediéndose un término de diez (10) días para ello, dentro de dicho termino, la Fiscalía General de la Nación y la parte demandante alegaron de conclusión. Por su parte, La Rama Judicial y la Policía Nacional no presentó alegatos finales. El Ministerio Público no emitió concepto.

TRÁMITE

Se impartió el indicado en la Ley 1437 de 2011.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Previo a resolver el fondo del presente asunto el Despacho se pronunciará en relación con las excepciones que fueron propuestas por las entidades demandadas, al momento de descorrer el traslado de la demanda, para ello y en relación con la excepción de la Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, formulada por la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional, dirá el Despacho que la misma se deferirá al momento de decidir el mérito de la instancia, ello dado a que en caso de despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda, se determinará cuál de las entidades demandadas es la encargada de resarcir los perjuicios ocasionados a la parte demandante, con motivo de la presunta privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**.

Finalmente, en relación con las excepciones de mérito propuestas por la Rama Judicial, considera el despacho que al atacar directamente el fondo del asunto, se decidirán al resolver el mérito de las pretensiones de la demanda.

Precisado lo anterior, se adentra el juzgado a decidir el mérito de la instancia; para el efecto se tiene que pretende el demandante imputar responsabilidad administrativa y patrimonial a las entidades demandadas por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados con motivo de la privación de la libertad de que fue objeto durante el lapso comprendido entre el 25 de agosto de 2012, hasta el día 13 de julio de 2015.

1.1. Problema jurídico

Le corresponde al despacho resolver el siguiente problema jurídico ¿son patrimonial, administrativa y extracontractualmente responsables la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación y Policía Nacional, por el daño antijurídico causado a los demandantes, ¿cómo consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, la cual se prolongó desde el 25 de agosto de 2012, hasta el día 13 de julio de 2015?

Este despacho sostendrá la tesis de que hay lugar a acceder a las pretensiones en el presente asunto, ya que si bien respecto del delito de **FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES** se absolvió al actor por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, dándose aplicación al principio de *in dubio pro reo*, analizados los requisitos de la medida de aseguramiento, se evidenció que la misma no se enmarcó dentro de lo establecido por la ley y la jurisprudencia a ese respecto.

Para sustentar dicha posición, se analizarán **i)** La cláusula general de responsabilidad del Estado; **ii)** La privación injusta de la libertad –generalidades – ; **iii)** La sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 y **iv)** El caso concreto.

1.2. Cláusula general de responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política dispone que el Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que fueren causados por acción u omisión de las autoridades públicas¹.

Dicho mandato supra legal, conocido generalmente como la cláusula de responsabilidad del Estado, es imperativo y no establece diferencias en cuanto a los ámbitos de actuación de las autoridades públicas; es decir, dicha disposición simplemente establece dos requisitos para que opere o se estructure la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales son, que se haya causado un daño, el cual debe tener la connotación de antijurídico y que el mismo sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

El daño antijurídico, tal como ha tenido la oportunidad de decantarlo en forma paulatina la jurisprudencia nacional, no tenía como finalidad volver objetiva la responsabilidad estatal, sino, por lo contrario, extender su ámbito de aplicación a aquellos eventos que no encuadraban bajo el concepto tradicional de “falla del servicio” y que efectivamente venían siendo reconocidos como título de imputación por parte del Consejo de Estado, al considerar que, pese a la ausencia de una culpa en la actuación estatal, se producía un daño que debía ser indemnizado, fundado en razones diferentes, verbigracia, la equidad.

De lo anterior se concluye que dicho concepto comprende aquellos daños causados por el incumplimiento del contenido obligacional a cargo del Estado (Falla del servicio) o por aquellos eventos en los cuales, si bien la administración obra correctamente, se causa un perjuicio que desborda el principio de equidad y por ende, no debe ser soportado por quien lo sufre, piénsese en los eventos de responsabilidad objetiva (daño especial, riesgo excepcional, etc.).

Como es bien sabido, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha estructurado una sólida base jurisprudencial respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual ha sido declarada en múltiples oportunidades, ya sea partiendo de la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva (falla del servicio), en la cual se analiza el actuar del sujeto causante del daño -dolo o culpa- o de responsabilidad

¹ ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

objetiva (daño especial, riesgo excepcional, etc.), en la cual no se analiza la licitud de la conducta del agente, sino la causación material del daño.

Bajo las anteriores premisas, es oportuno recordar que tradicionalmente el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se había estructurado bajo la concurrencia de los elementos consistentes en un daño, una falla del servicio y una relación de causalidad; sin embargo, al consagrarse constitucionalmente el concepto de **DAÑO ANTIJURÍDICO** (Art. 90 Superior), dicha posición - sin perder vigencia como se explicó con anterioridad - debe ser replanteada a la luz del citado concepto. Por lo tanto, hoy se puede predicar lo siguiente:

- **UN DAÑO ANTIJURÍDICO:** entendido como aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Elemento que si bien resulta necesario no es suficiente para predicar la responsabilidad estatal.
- **LA IMPUTACIÓN:** aspecto que implica la atribución de ese daño a la acción u omisión de una entidad Estatal y que cobija la atribución material del daño: etapa en el proceso de responsabilidad que implica la atribución de un determinado resultado a una conducta -acción u omisión- desplegada por una entidad estatal, por la cual en principio tiene que responder; y se dice “en principio”, porque el que un daño sea imputado fácticamente a una determinada persona, aunque es un elemento necesario para estructurar la responsabilidad, no es suficiente porque requiere que esta tenga el deber jurídico de reparación; el cual hace referencia a que a quien se le imputa el daño causado tenga el deber de repararlo, aspecto que debe ser analizado a través de los criterios de imputación.

1.3. La privación injusta de la libertad –generalidades-

El principal fundamento de la responsabilidad de la administración es el daño antijurídico (aquel daño que una persona no está en la obligación de soportar), ocasionado por los agentes del Estado en ejercicio de sus funciones. Ese daño antijurídico puede evidenciarse a través de un régimen de responsabilidad subjetiva u objetiva.

Los artículos 65² y 68³ de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia), establecen la responsabilidad del Estado en caso de concretarse una privación injusta de la libertad.

² ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

³ ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

En este orden de ideas, se aclara que como las personas no están obligadas a soportar cargas superiores sin sustento legal o justificación alguna, al imponérseles dicha carga, se rompe el principio de igualdad, por lo que el Estado está llamado a reparar el daño ocasionado.

Por tales motivos, aquella persona que se considere perjudicada por la acción u omisión de la administración, está llamada a acreditar el nexo causal que debe existir entre el daño causado y la actuación de la administración. Contrario a ello, al Estado le corresponde desvirtuar la responsabilidad que se le impute, demostrando la ruptura del nexo causal, como es la causa extraña (fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho de un tercero).

La jurisprudencia ha dado cabida a la responsabilidad derivada del daño antijurídico proveniente de la privación de la libertad en la modalidad de daño especial, incluso, al encontrarse probada la causal de justificación de estado de necesidad. Así mismo, el Consejo de Estado precisó que el artículo 90 de la Constitución Política es el fundamento de la responsabilidad cuando ha sido causado un daño antijurídico con ocasión de la limitación del ejercicio de los derechos de libertad, en el siguiente contexto:

*“El artículo 90 de la Carta de 1991 es también un eficaz catalizador de los **principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho** y que deben irradiar todo nuestro sistema jurídico, catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad (preámbulo).*

*Así mismo el artículo 90 sigue el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que **la eficacia general de los derechos fundamentales**, los cuales vinculan a todas las manifestaciones del poder público, como enseña Locke y proclama en forma contundente la Carta Política al disponer que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P).*

*En tales condiciones frente a cualquier **daño antijurídico** imputable a una autoridad pública con ocasión del ejercicio de los llamados **derechos de libertad**, el Estado deberá responder patrimonialmente, no sólo porque (sic) así se infiere de una lectura insular del artículo 90 constitucional, sino además porque (sic) se desprende de lectura (sic) sistemática de la Carta”⁴*

Respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 17 de octubre de 2013, sostuvo:

⁴ C.E. Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2008 Exp. 16075. C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

“b. En línea con lo anterior, para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia -equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala- a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado -previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional- con los de la responsabilidad personal de sus agentes -consagrados en el inciso segundo ídem-, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos.

(...)

*Lo anterior resulta igualmente predicable de aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más aún si se tiene en cuenta que en la mayor parte de tales casos, lo que se apreciará es que las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo resultan rigurosamente ajustadas a Derecho. **Empero, la injusticia de la privación de la libertad en éstos -como en otros- eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.***

*c. Como corolario de (esto) y en estrecha conexión con lo expuesto, resulta relevante igualmente destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de responsabilidad penal como resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin sustento en o sin referencia a yerro, falla o equivocación alguna en la cual hubieren incurrido la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, con base en un **régimen objetivo de responsabilidad**, en modo alguno torna más gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s) que hubieren intervenido en la actuación del Estado -y que, por ejemplo, hubieren sido llamados en garantía dentro del proceso iniciado por la víctima del daño en ejercicio de la*

acción de reparación directa-, como tampoco coarta o dificulta el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación o a la Jurisdicción Penal en cuanto que con ello supuestamente se estuviere atentando contra la autonomía e independencia de los jueces penales o de los fiscales y contra la facultad de los mismos para recaudar elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas que amerita la comisión de hechos punibles.

(...)

H. En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad-cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto-, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en 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.

Y se habrá causado un daño especial a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad -interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias-, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.

(...)

*Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad -especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio in dubio Pro reo-, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden -y deben- ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el **hecho exclusivo de un tercero** o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado **o la reducción proporcional de la condena** en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵”.*
⁶ (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado sentó nueva jurisprudencia, en el año 2018, respecto de la responsabilidad del Estado en los eventos de la privación injusta de la libertad, señalando que el juez debe determinar si el daño causado es antijurídico, consultando los estándares que admiten excepcionalmente la restricción de la libertad.

1.4. La sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018

La Sección Tercera del Consejo de Estado dispuso unificar su jurisprudencia en torno a la responsabilidad del Estado por privación de la libertad y a manera de conclusión, respecto del cambio jurisprudencial sobre la responsabilidad en estos eventos, sostuvo que ésta no es atribuible al Estado cuando la conducta del restringido haya sido determinante por culpa grave o dolo civil:

*“Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala **la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil**, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil,*

⁵ C.E. Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adielia Molina Torres y otros; Demandado: Nación – Rama Judicial.

⁶ C.E. Sección Tercera, Sentencia del 17 de Octubre de 2013, Radicación 23354, CP MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

⁷ “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.
“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

*En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis **gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.***

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, 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.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello". (Negrillas para destacar).

Pese a ello, esta providencia de unificación fue objeto de acción de tutela, la cual fue resuelta mediante sentencia del 15 de noviembre de 2019, en la cual se dejó sin efectos dicha decisión, bajo los siguientes argumentos:

“24.- A partir de lo anterior, la Sala estima que la sentencia objeto de tutela violó directamente el derecho fundamental de la demandante a que se respetara la presunción de

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

*inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió de responsabilidad por considerar que **la conducta imputada era atípica**, decisión que fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.*

25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito⁸ y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

(...)

28.- La decisión del Juez de la responsabilidad en la que se exonera al demandado por considerar que el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, en el simple campo de la causalidad, está indicando que, de las dos circunstancias que precedieron la orden de detención -(i) el comportamiento del sindicato y (ii) la decisión de detenerlo en una providencia judicial-, es la primera la que debe considerarse como causa del daño. Y esa determinación, que fue la adoptada en el fallo objeto de tutela, que exoneró al Estado porque el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, desconoció la decisión penal con efectos de cosa juzgada en la que se declaró inocente a la demandante por la atipicidad de la conducta.

(...)

33.- Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso⁹ impone

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 15 de agosto de 2018, exp. 46947

⁹ <<ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la

a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7° que <<toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal>> y que el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos <<toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal>>.

35.- Esa regla se desconoce al tratar como sospechosa a la demandante, y por tal razón negarle el derecho a la reparación del daño sufrido con su privación de la libertad. Si bien la sentencia en el acápite 4.3 estudió la presunción de inocencia, lo hizo en el marco del proceso penal, pero no la garantizó en el proceso contencioso administrativo. Al determinar que la víctima fue culpable de su detención, con base en la misma conducta que el juez penal ya había considerado atípica, la propia sentencia sí violó su presunción de inocencia; no bastaba anunciar teóricamente que la presunción de inocencia de la demandante seguía intacta: era necesario tratarla como inocente, pues ese es el alcance de este derecho que nuestra Constitución Política consagra como derecho fundamental.

(...)

40.- La regla de presunción de inocencia exige un esfuerzo de imparcialidad del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, LE IMPONE LA PROHIBICIÓN DE DUDAR DE LA INOCENCIA DE LA VÍCTIMA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD QUE HA SIDO EXONERADA EN UNA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUEZ PENAL.

<<(…) La presunción de inocencia es una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de Derecho y es, de igual modo, uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada…

‘La Comisión cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y se refiere en los siguientes términos a la exigencia de imparcialidad del juez:

<<La imparcialidad supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones sobre el caso sub iudice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado.>>

investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.>> (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

“En efecto, es factible que el juez tenga una precomprensión – todo juez la tiene –; es posible que tenga una primera impresión o una corazonada con respecto al caso sobre el cual ha de dictar sentencia. No obstante, todo juez debe estar dispuesto a reconocer tal precomprensión y debe estar listo a hacer el mayor esfuerzo por obrar de la manera más imparcial posible. Ser imparcial, por consiguiente, no significa no tener precomprensión – algo que ningún humano puede dejar de tener—. Implica, más bien, moderar esa precomprensión ajustándola al derecho a la presunción de inocencia, a la garantía de libertad y al derecho de defensa y contradicción, acomodándola a estos derechos de los que goza toda persona que ha sido acusada de haber cometido un delito cuando aún no obra contra ella una sentencia debidamente ejecutoriada que determine su culpabilidad...”>>¹⁰

41.- Aunque en la sentencia de responsabilidad estatal se afirmó repetidas veces que la valoración de la culpa de la señora Ríos se hizo desde criterios propios del juez de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que la Sala adjudicó consecuencias penales a la misma conducta preprocesal que ya había sido valorada por el funcionario judicial competente para declararla inocente. En la sentencia de 15 de agosto de 2018 (exp. 46947), en efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado limitó los derechos de la señora Ríos a la reparación, porque creó sospechas sobre su culpabilidad mediante la utilización de afirmaciones y argumentos contruados en detrimento de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

42.- En definitiva, la Sección Tercera determinó que la señora Ríos tuvo la culpa de ser detenida, pues su conducta preprocesal, (la misma por la que ya había sido declarada inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del daño cuya indemnización pretendía.

43.- Así las cosas, la Sala encuentra que se configuró el defecto de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del artículo 29, razón suficiente para relevarla del estudio del segundo defecto alegado.”¹¹ (Negritas y mayúsculas de la Sala).

Ante este panorama dispar de la jurisprudencia generada al interior del Consejo de Estado, el despacho encuentra acertado, acudir al análisis que sobre el tema efectuó la Corte Constitucional en la Sentencia SU 072-18:

“(..)101. Ahora bien, el Consejo de Estado ha acudido a una fórmula en aras de ofrecerle consistencia jurídica a los asuntos que se someten a su consideración cuando su génesis lo es la privación injusta de la libertad y en esa tarea ha señalado que es posible aplicar un sistema de responsabilidad objetivo o uno de falla del servicio. Tal formulación, en principio, coincide con la jurisprudencia constitucional, la cual, se reitera, no impone un determinado

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-827-05

¹¹ C.E. Sección Tercera, Subsección B, C.P. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, providencia del 15 de noviembre de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01(Ac)

régimen de responsabilidad.

Sin embargo, ha establecido esa alta Corporación que en cuatro eventos de absolución, cuales son a saber: (i) que el hecho no existió; (ii) el sindicado no lo cometió; (iii) la conducta no constituía hecho punible; o (iv) porque no se desvirtuó la presunción de inocencia – principio in dubio pro reo- debe acudirse a un título de imputación objetivo que está dado por la figura del daño especial.

(...)

*En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión "**injusta**" necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada**, previa la verificación de su conformidad a derecho:*

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

(:..)

*El artículo 90, debe reiterarse, establece un régimen general de responsabilidad definiendo exclusivamente la naturaleza del daño que es resarcible –**que debe ser uno antijurídico**–, dejando a salvo los demás supuestos constatables a la hora de definir la responsabilidad, esto es, la necesidad de acreditar que se presentó un hecho o una omisión atribuible al Estado o a uno de sus agentes, elementos cuya relación se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación.*

En ese orden, dicha sentencia ratificó el mandato del artículo 90 Superior y fue precisa al indicar que no analizaría la naturaleza de la responsabilidad estatal, consideración

realizada sobre el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es el fundamento específico de la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial, luego, un análisis sistemático de este fallo y de las demás sentencias que fueron traídas a colación permite afirmar que la sentencia C-037 de 1996, no se adscribe a un título de imputación específico.

Por supuesto, lo anterior no impide que se creen reglas en aras de ofrecerle homogeneidad a las decisiones judiciales; sin embargo, como se advirtió, ello debe corresponder a un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no a una generalización apenas normativa que no tome en cuenta las diversas posibilidades que giran en torno de dichas fuentes.

(...)

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.

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

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces¹², disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Nótese que en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se

¹² Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.

presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima.

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

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual¹³ el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la intermediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento¹⁴ y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.

¹³ Ley 600 de 2000, artículos 39, 40 y 74, entre otros.

¹⁴ “Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial¹⁵, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

107. Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.

Todo ello además exige tomar en cuenta que el nuevo sistema de procesamiento penal, inserto en la Ley 906 de 2004, es de naturaleza tendencialmente acusatoria y ha introducido figuras procesales propias de tal forma de investigar y acusar, entre las cuales ha de mencionarse—por ser relevantes para el asunto subjudice, el principio de oportunidad, la justicia premial y los preacuerdos y negociaciones.

Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el ciudadano procesado, capturado en flagrancia o incluso mediando su aceptación de los cargos—confesión—, por razones de política criminal, después de varios meses de encarcelamiento efectivo, es beneficiado con la aplicación del principio de oportunidad (art. 324 y ss. del C. de P.P), caso en el cual a la postre será absuelto.”¹⁶ (Negrillas de la Sala).

¹⁵ Artículo 203 y ss del C.P.P”

¹⁶ C.C. Sala Plena. Sentencia SU072/18. Referencia: T-6.304.188 y T-6.390.556 (AC). M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. Acciones de tutela instauradas por la Fiscalía General en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el Tribunal Administrativo de Córdoba (vinculado) y Germán Espitia Delgado y otros (vinculados) y por Blanca Gómez de García y otros en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

A fin de establecer el estado del arte, en el punto, se hace necesario agregar que, existen pronunciamientos de la Sección Tercera, en otros casos de privación injusta de la libertad, en los que haciendo referencia a pronunciamientos de la Corte Constitucional se establecen las siguientes premisas:

“Ya en relación específica con la privación de la libertad, la ausencia de un título de justificación para la producción del daño puede sustentarse a través de una motivación que desarrolle premisas, como las siguientes, que encuentran respaldo en el derecho constitucional y convencional:

- *El artículo 28 de la Constitución autoriza, tanto la captura, como la detención preventiva, bajo determinadas y precisas condiciones: debe producirse “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Por tanto, en cuanto la detención es una medida autorizada por la ley, sus efectos no pueden ser apreciados, en sí mismos, como constitutivos de un daño injusto.*
- *Esta autorización constitucional ha de entenderse excepcional como una elemental consecuencia de la valía ius fundamental del derecho a la libertad física de las personas. Por tanto, la regla general debe ser el juzgamiento en libertad del individuo, hasta tanto se defina su responsabilidad penal¹⁷, y la detención preventiva debe ser una excepción, marginal aún a otras medidas preventivas*
- *La detención preventiva no puede ser entendida, ni tratada de facto como una sanción, pues es una medida de aseguramiento que forma parte de las llamadas medidas cautelares es decir, “de aquellas disposiciones (...) cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”¹⁸. La medida de detención preventiva no puede entenderse como una pena anticipada ni como un instrumento para la materialización de fines de prevención general o especial del delito, porque estos últimos son fines propios de la pena, y la detención preventiva es una medida cautelar¹⁹.*

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J Vs Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. Ver también caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador. Sentencia del 1 de septiembre de 2016.

¹⁸ Corte Constitucional C 774/01

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero Vs Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997; ver también caso J Vs Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 2013.

- *En cuanto forma parte de las medidas cautelares, su adopción en cada caso particular debe responder a dos condiciones cuya existencia debe ser verificada por la autoridad jurisdiccional que impone la medida, y sustentada en la parte motiva de la providencia que la implanta, en forma clara, explícita y debidamente razonada. Tales condiciones son: apariencia de buen derecho, y peligro por la mora procesal, y en función de ellos el legislador ha dispuesto los requisitos de la detención preventiva.*

- *La apariencia de buen derecho se concreta en el cumplimiento del estándar probatorio que impone el legislador, en relación con la apariencia de responsabilidad, para la adopción de la medida (artículos 356 de la ley 600 de 2000 y 308 de la ley 906 de 2004). Esto porque la decisión de imponer la medida de aseguramiento debe estar basada en la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, que permitan establecer fehacientemente la participación del investigado en los hechos que se le imputan. La medida no puede adoptarse con base en conjeturas y suposiciones. Dicho de otra manera: “El Estado no debe detener para luego investigar”²⁰. Esta valoración probatoria debe constar de manera explícita, adecuada y suficiente, pues de lo contrario la detención configurará una flagrante violación al derecho a la libertad personal²¹.*

- ***Ahora bien, si ese estándar probatorio se cumple, la medida preventiva así implantada no admite juicio de reproche por razón de los resultados del proceso penal, salvo que estas sean el producto del desvanecimiento (que no de la no reafirmación) de la apariencia de responsabilidad (porque el hecho materialmente no existió, porque el investigado no lo cometió ni participó en su realización, porque a pesar de haberlo hecho la conducta no era típica, o porque el hecho ya no podía ser investigado por las autoridades judiciales). Al margen de estas hipótesis, la medida habrá cumplido, formal y materialmente, a satisfacción, las exigencias del principio de legalidad²².***

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador. Sentencia de. 21 de noviembre de 2007.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009: “El numeral 2 del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Al respecto, esta Corte ha establecido que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención

- *En consecuencia con la consideración inmediatamente precedente, la absolución o cualquier otra decisión equivalente que adopte la autoridad judicial correspondiente como consecuencia de la aplicación del principio in dubio pro reo, sólo conlleva daño antijurídico si se traen al proceso contencioso medios de convicción que denoten la injusticia de la detención en el caso particular, sin que pueda inferirse esta injusticia, de forma automática, como una consecuencia de la intangibilidad de la presunción de inocencia, pues apta, como es esta presunción, en materia sancionatoria, para mover a la absolución del reo por la fuerza del artículo 28 constitucional, resulta insuficiente per se como causa de la obligación resarcitoria. La detención preventiva, se itera, es una medida preventiva, no una sanción y tal presunción opera de diferente manera en uno y otro evento: frente a la sanción, inhibe la decisión de condena, pero en relación con la medida preventiva, determina el juicio sobre su proporcionalidad.*

- *Ahora, la detención preventiva puede derivar en daño antijurídico si a pesar del cumplimiento de ese estándar probatorio relativo a la responsabilidad, si la autoridad judicial no muestra razonada y razonablemente que en el caso existían elementos probatorios suficientes para inferir que de no ser impuesta la medida en la modalidad detentiva, el investigado podría entorpecer el desarrollo de la investigación o evadir la acción de la justicia²³ (periculum in mora).*

- *Evidenciados suficiente y razonadamente, tanto la apariencia de responsabilidad, como el peligro para el desarrollo de la investigación, en relación con punibles frente a los que el legislador haya previsto la detención preventiva, la autoridad judicial a cargo de la investigación soporta el deber jurídico de imponer la medida periculum in mora y fumus boni iuris.*

- *Además, la detención preventiva que se impone con observancia de los requisitos legales referidos a los estándares probatorios de responsabilidad y de necesidad, puede llegar a constituir un daño antijurídico si en su ejecución vulnera el principio de proporcionalidad y con ello la presunción de inocencia²⁴.*

remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.”

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Servellón García y Otros Vs Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Ver también caso Norín Catrimán Vs Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014 y caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador. Sentencia del 1 de septiembre de 2016.

Al punto ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “la medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar.”²⁵ Y agrega: “(...) la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”²⁶

- *Aún satisfechos los presupuestos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, la medida deviene antijurídica si habiendo sobrevenido nuevas circunstancias probatorias, se extiende en el tiempo allende la irrupción de las nuevas circunstancias probatorias y su cesación se produce, pasado un plazo razonable, con base en pruebas recaudadas desde tiempo atrás.*

Claramente hay que advertir, estos lineamientos no pretenden agotar el estudio de las causas de antijuridicidad de este tipo de daño, y su objeto se reduce a mostrar el tipo de razones que debe exponer en cada caso la autoridad judicial, para cumplimiento del principio de transparencia que debe honrar la decisión judicial en la materia, tanto como del deber de impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia.”²⁷ (Negrillas de la Sala).

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs Ecuador. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

²⁵ CIDH Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009, Pg. 109.

²⁶ *Ibidem*, Pg. 136.

²⁷ C.E. SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. C.P. ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2019. Radicación: 680012331000200800666-01(48208) Actor: MARIO CÁRDENAS DELGADILLO Y OTROS Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y EL DERECHO -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Proceso: Acción de Reparación Directa Asunto: apelación de sentencia. (D 01/84). En igual sentido: C.E. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. C.P. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2019. Radicación: 250002326000200800764 01 (48452) Actor: EDILBERTO ALVARADO PACHECO Y OTROS Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Sintetizando lo antes relacionado, en este momento procesal, el criterio del Consejo de Estado coincide de manera parcial con lo establecido por la Corte Constitucional en la SU 072 de 2018, así:

a) En los eventos en que se absuelve porque, **i)** el hecho materialmente no existió, **ii)** el investigado no lo cometió ni participó en su realización, **iii)** la conducta no era típica, **iv)** el hecho ya no podía ser investigado por las autoridades judiciales; se debe aplicar el régimen objetivo de responsabilidad.

b) En los eventos de absolución por *in dubio pro reo* no hay lugar a aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, sino que se debe analizar si la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos legales.

DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Dentro de las pruebas relevantes para resolver el presente asunto, se encuentran las siguientes:

- Registros civiles de nacimiento de los señores(as) **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** (perjudicado directo), **MARITZA SALAZAR SEPÚLVEDA** (compañera permanente del perjudicado directo), **JUAN ESTEVAN SANTA SALAZAR** (hijo del perjudicado directo); **HERNANDO ANTONIO SANTA BEDOYA** (padre del perjudicado directo), **MIRIAN MEJÍA DE SANTA** (madre del perjudicado directo), **RAÚL SANTA MEJÍA** (hermano del perjudicado directo) **LUISA FERNANDA SANTA ALVIS** (sobrina del perjudicado directo); **LIDA AMPARO SANTA MEJÍA** (hermana del perjudicado directo), **YEINER SANTA SEPÚLVEDA** (hermano del perjudicado directo), **DIANA PATRICIA MARÍN MEJÍA** (hermana del perjudicado directo), **YEINSON ALEJANDRO SANTA SEPÚLVEDA** (hermano del perjudicado directo), **MARINO DE JESÚS SANTA BEDOYA** (tío paterno del perjudicado directo), **ARNULFO SANTA BEDOYA** (tío paterno del perjudicado directo), **JOSÉ EDGAR SANTA BEDOYA** (tío paterno del perjudicado directo), **JUAN DAVID SANTA SEPÚLVEDA** y **TATIANA SANTA SEPÚLVEDA** (primos del perjudicado directo);
-

DORA EMILCE SANTA GARCÍA (prima del perjudicado directo), **DIANA CAROLINA MORALES SANTA**, **KAREN DANIELA MORALES SANTA** (primas en segundo grado del perjudicado directo) y **LICETH VANESSA BLANCO SANTA** (prima en segundo grado del perjudicado directo); **MARÍA ARACELLY SEPÚLVEDA GORDILLO** (suegra del perjudicado directo) y **ANDRÉS SEPÚLVEDA GORDILLO** (cuñado del perjudicado directo). (folios 41 a 62 Cdno. Ppal. 1)

- Copia del acta de las audiencias preliminares celebradas ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tuluá. (folios 84 a 85 Cdno. Ppal. 1)
- Copia del escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación. (folios 95 a 100 Cdno. Ppal. 1)
- Copia del Acta No. 101 audiencia de formulación de acusación celebrada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá (V). (folios 113 a 115 Cdno. Ppal. 1)
- Copia de las actas de juicio oral celebradas ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá (V). (folios 116 a 308 Cdno. Ppal. 2)
- Cd contentivo de las audiencias preliminares, juicio oral y lectura del fallo celebrada el día 10 de septiembre de 2015, en el cual el Juez concluyo que en aplicación a lo dispuesto en el Art. 7 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo del Art. 29 de la Constitución Política, debiéndose resolver las dudas en favor del reo, pues el despacho no encuentra que la Fiscalía haya probado más allá de toda duda razonable la autoría del hecho en cabeza del acusado, por lo que no se cumplan los requisitos del Art. 381 del Código de Procedimiento Penal, absolviendo al señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** de los delitos formulados.
- Ratificación de las declaraciones extrajuicio aportadas con la demanda, por parte de la señora, **MARITZA SALAZAR SEPÚLVEDA** y **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**.
- Los testimonios de los señores **LILIANA MARIN**, **JOSE MARIA MONTENEGRO VARGAS**.

En su testimonio el señor **JOSE MARIA MONTENEGRO VARGAS** señalo el señor **JORGE DIEGO** y la señora **MARITZA SALAZAR SEPULVEDA** convivían y de dicha convivencia procrearon al joven **JUAN ESTEVAN SANTA**, que el señor **JORGE DIEGO** gozaba de buen estado de salud y buen ánimo antes de su detención, expresa el dolor padecido por el grupo familiar del señor **JORGE DIEGO** como

consecuencia de su detención.

Por su parte la señora **LILIANA MARIN**, a su turno expuso que, conoce de toda la vida al señor **JORGE DIEGO SANTA**, que el señor **JORGE DIEGO** y la señora **MARITZA** convivían al momento de la detención del primero, que el señor **JORGE DIEGO** y el señor **ANDRÉS SEPÚLVEDA GORDILLO**, cuñado del actor, eran muy unidos por lo que el señor **ANDRES** se vio afectado por la detención del actor, así como advirtió la afectación al núcleo familiar del señor **JORGE DIEGO**.

DE LOS HECHOS PROBADOS

Con las pruebas allegadas al plenario, quedó probado lo siguiente:

- Que el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** y la señora **MARITZA SALAZAR SEPÚLVEDA** eran compañeros permanentes al momento de su detención, y fruto de dicha relación procrearon al joven **JUAN ESTEVAN SANTA SALAZAR**.
- Que el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** estuvo privado de la libertad desde el 27 de agosto de 2012, hasta el día 14 de julio de 2015, en la modalidad de detención domiciliaria, por el delito de porte ilegal de armas, esto conforme a la constancia emitida por el INPEC y suscrita por el Director de la Cárcel de Tuluá (V).
- Que en audiencia celebrada por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías de Tuluá (V), legalizó captura y formuló imputación contra el señor **SANTA ARBOLEDA**, por el delito de porte ilegal de armas. De igual manera, en dicha audiencia se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria.
- Que mediante sentencia proferida en la continuación de la audiencia de juicio oral celebrada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá, se resolvió absolver al señor **SANTA ARBOLEDA**, del delito porte ilegal de armas.

CASO CONCRETO

Según se dijo en acápite precedente, en asuntos como el que actualmente ocupa la atención del despacho, se debe determinar cuál fue la razón por la cual se absolvió

de la conducta delictiva imputada a quien alega haber sido privado injustamente de la libertad, pues de ello depende el régimen de responsabilidad a aplicar, que será objetivo si la absolución acaeció, porque: i) el hecho materialmente no existió; ii) el investigado no lo cometió ni participó en su realización; iii) la conducta no era típica; o iv) el hecho ya no podía ser investigado por las autoridades judiciales; y subjetivo si la absolución se dio por *in dubio pro reo*.

Cuando el régimen a aplicar es el objetivo, hay lugar a indemnizar a la parte demandante siempre y cuando se prueben debidamente los perjuicios reclamados, sin hacer algún análisis especial respecto de las actuaciones desplegadas por las autoridades judiciales, diferente al relativo a cuál es el ente llamado a responder y en qué proporción, de ser más de uno.

De otro lado, cuando el régimen a aplicar es el subjetivo, se debe analizar si la medida de aseguramiento decretada cumplía con los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos para el efecto.

Descendiendo al caso concreto propiamente dicho, se tiene que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tulua (V), con Funciones de Conocimiento, profirió sentencia absolutoria en favor del señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** quien fuera acusado de haber cometido el delito de fabricación o porte de arma de fuego, por cuanto tal ente no pudo desvirtuar su presunción de inocencia. Causal esta, que comportan la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, toda vez que implican la falta de elementos probatorios que permitieran colegir que efectivamente cometió el delito que se le acusó.

En tal sentido, de acuerdo a lo planteado en la decisión del órgano de cierre de esta jurisdicción, que fue citada en la jurisprudencia traída a colación en líneas precedentes, el régimen de responsabilidad aplicable al asunto de marras es el subjetivo, en razón de lo cual se debe analizar si la medida de aseguramiento decretada cumplió con los requisitos para ello.

Para el efecto, se hace necesario citar textualmente las normas del Código de Procedimiento Penal que consagran lo relativo a las medidas de aseguramiento y sus requisitos.

El artículo 307 de dicha normativa, establece lo siguiente:

“Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

2. *Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;*

(...)" (Subraya el despacho).

En concordancia con el artículo anterior, el artículo 308 *ibídem*, respecto de los requisitos para decretar medida de aseguramiento, preceptúa:

“Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*

2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*

3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

PARÁGRAFO 1o. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarían los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.

Finalmente, el artículo 310 *ibídem*, respecto de las circunstancias a valorar para determinar si una persona representa peligro para la comunidad, establece:

“Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. *La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*

2. *El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*

3. *El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
4. *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
5. *Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.*
6. *Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.*
7. *Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.*

Por su parte, el artículo 313 *ibídem*, en relación con la procedencia de la detención preventiva, establece:

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.* (Subraya el despacho)

[...]”

En concordancia, el artículo 365 del Código Penal, respecto del delito de tráfico, fabricación o porte de armas, preceptúa:

*“Artículo 365. Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años...”* (Subraya el despacho).

Mientras que el artículo 378 *ibídem*, establece:

“Artículo 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, psicotrópica o drogas sintéticas que se

encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias psicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Subraya el despacho).

Conforme a las normas en cita, una de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, es la detención en establecimiento carcelario, y debe ser decretada por un juez de control de garantías, a petición de la Fiscalía para que sea decretada, siempre y cuando los elementos probatorios recolectados permitan inferir de manera razonable que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta investigada, y siempre que se cumpla con al menos uno de tres requisitos, a saber: i) que sea necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. En el presente asunto, la medida fue decretada bajo la segunda causal, por considerar el ente acusador que el señor **SANTA ARBOLEDA** constituía un peligro para la sociedad.

En relación con dicha causal, establece la normativa penal, que cuando se considere que una persona representa peligro para la sociedad se deben analizar algunas circunstancias, a saber: i) la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; ii) el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; iii) el hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; iv) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; v) cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas; vi) cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años; y vii) cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Revisado lo anterior, arriba esta instancia a la conclusión que la medida de aseguramiento decretada contra el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, no se dictó conforme a los lineamientos establecidos en la normativa procedimental penal en concordancia con lo planteado en la jurisprudencia por el Alto Tribunal Contencioso Administrativo.

Lo anterior, conforme a que, en la audiencia en la cual se impuso la medida de aseguramiento, el ente acusador adujo que el aquí demandante representaba un peligro para la sociedad, por el hecho de portar armas de fuego sin salvo conducto, no obstante al momento de solicitar dicha medida no se encontraba probado que el arma de fuego incautada era portada por el demandante, y revisada la documentación que reposa en el expediente no obra documento que dé cuenta de que el hoy demandante tuviera antecedentes o anotaciones para el momento de la aprehensión de la cual fue objeto, además es el mismo ente investigador el que señala que el arraigo social del actor vislumbran un buen comportamiento personal y social de su parte.

Si bien se adujo que fue capturado en flagrancia, según los informes aportados por quienes hicieron la diligencia de registro y captura, el arma fue encontrada sobre una silla sin que se determinara con claridad que esta fuera de propiedad del aquí demandante.

Se debe advertir que para imponer medida de aseguramiento, se debe acreditar primero su necesidad, ya sea para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; porque constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o porque no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, y ninguna de tales circunstancias se acreditó al momento de ordenar la medida a la que se ha venido haciendo alusión.

En tal sentido, es diáfano para esta operadora judicial, que la medida de aseguramiento en modalidad domiciliaria, impuesta al aquí demandante, señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, no cumplió con los requisitos legales, ya que el ente acusador no acreditó alguno de los requisitos establecidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, en cuanto a la connotación de “injusta” de la privación de la libertad de la cual fue objeto el sujeto de marras, requisito que sirve de génesis para que nazca la obligación de indemnizar el daño que la misma irrogó al demandante, dirá el despacho que esta, para el asunto sometido a estudio, revistió tal calidad, en atención a los parámetros jurisprudenciales establecidos en tal sentido, dado que no se dio dentro del marco de la legalidad.

Como colorario de lo anterior y el encontrarse suficientemente acreditado que la medida de aseguramiento decretada no cumplió con los requisitos que la revisten de legalidad, se procederá a hacer el análisis respectivo respecto de los perjuicios reclamados por la parte demandante.

DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Como se dijo en la relación de antecedentes del presente asunto, la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, endilgando la responsabilidad a la Rama Judicial por haber sido el ente que decretó la medida de aseguramiento.

Ante tal afirmación, dirá el despacho que las decisiones tomadas en audiencia, dentro del sistema penal acusatorio consistentes en expedir orden de captura, formular imputación, imponer medida de aseguramiento o declarar la preclusión, requieren tanto de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial, pues el Juez de Garantías o de Conocimiento emite la decisión correspondiente, a solicitud de la Fiscalía.

Sobre este aspecto, el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contenciosa, en sentencia del 29 de febrero de 2016²⁸, arguyó:

“En efecto, la acción de la Fiscalía no produce efectos sin la intervención del Juez de Garantías, ni éste puede intervenir si el ente acusador no lo faculta previamente presentando solicitud de legalización de la captura y la adopción de medida de aseguramiento. En otras palabras, en el modelo actual, la privación de la libertad se explica únicamente en términos de concausalidad. La actuación estatal que priva de la libertad es, pues, un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del Juez de Garantías. La actuación de la Fiscalía influye efectivamente en la determinación de la privación de la libertad. Es causalidad eficiente real, pero no absoluta.”

En consideración a lo anterior, se advierte por el despacho que la decisión de privar de la libertad a un ciudadano recae sobre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, pues es la primera de estas la que formula la solicitud y el funcionario de la Rama Judicial quien emite la orden, escenario en el que a la Policía Nacional no le compete ninguna obligación, pues su actuación se limita a realizar la captura del ciudadano y ponerlo a órdenes de la autoridad competente, para esta caso la Fiscalía.

Por lo que, la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad respecto a la Fiscalía General de la Nación, en razón de lo cual las sumas que se ordene pagar a favor de la parte demandante por la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, serán pagadas tanto por la Rama Judicial como por la Fiscalía General de la Nación, en proporción del 50 % cada una, con relación a la Policía Nacional, se accederá a la excepción de **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** formulada a través de su apoderado judicial.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Radicación 17001233100020080032101 (38420).

DE LA LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

Demostrada entonces la responsabilidad Estatal a través de la actividad desarrollada por la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, se procederá a ordenar el reconocimiento de la indemnización a que tienen derecho los demandantes.

PERJUICIOS MATERIALES

LUCRO CESANTE

Se solicita los salarios dejados de percibir por el demandante de sus actividades como obrero de topografía.

Sobre esta clase de perjuicios en asuntos como el que está bajo análisis, el Consejo de Estado, en pronunciamiento del 12 de diciembre de 2019²⁹, expresó:

“De conformidad con la jurisprudencia reiterada³⁰ y unificada³¹ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

La señora Larrañaga Cordero solicitó el pago de los salarios dejados de percibir, como trabajadora social, entre el 27 de septiembre de 1998 y el 4 de abril de 1999.

El a quo consideró que resultaba procedente acceder la reparación de este perjuicio, dado que se acreditó, según la certificación aportada, que la señora Larrañaga Cordero, para el momento en que fue privada de su libertad, se encontraba vinculada laboralmente y obtenía ingresos del ejercicio de su profesión.

Revisado la certificación allegada al expediente, la Sala encuentra que en ella se señala la vinculación laboral de la señora Larrañaga Cordero para los períodos comprendidos entre el 26 de julio al 26 de septiembre de 1991, 1 de noviembre al

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00987-01(49251). Actor: MARÍA DEL MAR LARRAÑAGA CORDERO. Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTROS. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), radicación: 36.149.

31 de diciembre de ese mismo año y del 1 al 30 de marzo del año 1992, todos ellos anteriores a la fecha en que se privó de la libertad a la demandante, razón por la cual esta prueba no demuestra la realización de una actividad productiva de su parte para el momento en el que fue detenida.

La Sala en este punto precisa que, con ocasión del pronunciamiento con vocación de unificación jurisprudencial del 18 de julio de 2019, el Consejo de Estado abandonó la aplicación de la presunción según la cual una persona en edad productiva ejerce necesariamente una actividad lucrativa de la cual deriva su sustento, para en cambio requerir de una prueba directa que demuestre tal ocupación. Al respecto, esta sentencia consideró³²:

“En suma, la Sala de la Sección optó por disponer indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, a partir de la aplicación de manera indistinta de presunciones de orden interpretativo; así, para la liquidación de este perjuicio, presumió que: i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, ésta recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos, ii) la víctima, luego de recobrar la libertad, requería un tiempo adicional para reubicarse laboralmente, sin importar para ello si era empleado o independiente y iii) el ingreso de la víctima debía incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, sin importar si, para cuando perdió libertad, era asalariado o no.

“Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo³³, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, actor: Orlando Correa Salazar y otros, exp: 44572, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³³ El principio dispositivo ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’.

“Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales podrían entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto; sin embargo, ello podría llevar a desconocer involuntariamente en algún caso que el reconocimiento de un perjuicio solo procede si ha sido solicitado por la parte interesada, lo que implica que ésta lo reclame de manera expresa y cuantifique su monto de manera razonada (artículo 162, numerales 2 y 6 del C.P.A.C.A. –antes artículo 137 del C.C.A.- y artículo 281 de C.G.P. –antes 305 del C. de P.C.-) y a ello se puede acceder siempre que dicha parte haya cumplido con la carga de acreditar tanto la existencia como la cuantía del perjuicio”.

Bajo este criterio de unificación, la Subsección revocará el reconocimiento hecho en la sentencia de primera instancia por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en atención a que la prueba aportada no demuestra que la señora Larrañaga Cordero para el momento de su captura desempeñara una labor productiva”.

Según se colige de lo citado en líneas precedentes, el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, solo es procedente siempre y cuando se haya probado dentro del proceso que quien estuvo privado de la libertad mantenía un vínculo laboral o desarrollaba una actividad que le generaba ingresos; es decir, que ya no se presume que por estar en edad productiva al momento de la privación de la libertad devengaba un SMLMV.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte esta instancia que en el plenario no obra prueba que permita concluir que al momento de la privación de la libertad, el demandante mantenía vínculo laboral alguno o desarrollaba actividad que le generaba ingresos, y si bien se hace mención de que laboraba para **ECOPETROL**, no reposa certificación alguna que permita corroborar tal dicho. En ese orden de ideas, se negará el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

INMATERIALES

De los perjuicios morales en casos de privación preventiva domiciliaria. Con relación al reconocimiento de perjuicios morales en casos en que el actor estuvo privado de la libertad en su lugar de domicilio, el Consejo de Estado en Sentencia del 05 de marzo de 2020, dictada dentro del proceso bajo radicado No. 76001-23-31-000-2008-01066-01(48715), señaló:

“Con fundamento en las máximas de la experiencia, es posible presumir que las personas sometidas a una medida restrictiva de la libertad y que luego son exoneradas de responsabilidad penal sufren perjuicios de carácter moral, deben ser indemnizadas, supuesto que también resulta

predicable de quienes concurren al proceso, debidamente acreditados, en condición de cónyuge, compañero permanente y/o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o civil.

Adicionalmente, resulta relevante señalar que la Sala ha determinado que en los casos en los que concurren diferentes medidas preventivas, como lo son la privación física de la libertad, la detención domiciliaria o la libertad provisional durante el período de tiempo en que se haya producido la privación injusta de la libertad, se deberá cuantificar proporcionalmente, esto, con el fin de determinar de manera exacta la indemnización que corresponda a cada víctima por concepto de perjuicios morales, pues la indemnización a reconocer frente a una persona que ha sufrido una privación injusta de su libertad en establecimiento carcelario no será la misma que se le deba reconocer a quien, pese a padecer una restricción de su libertad, no la padece allí, razón por la cual la indemnización a reconocer debe ser disminuida en un treinta por ciento (30%):

*“En cuanto al monto a pagar por el tiempo restante, la Sala acoge lo dispuesto por esta Subsección en la citada sentencia del 9 de marzo de 2016 y la complementa **en el sentido de que a su juicio el monto a indemnizar a una persona que fue víctima de una privación injusta de la libertad pero que estuvo recluida en su domicilio debe ser disminuido en un 30%, comoquiera que, si bien la detención domiciliaria limita derechos fundamentales es mayor la afectación cuando se recluye a una persona en un establecimiento carcelario, pues en este último caso se vulneran derechos tales como la intimidad, el trabajo, la educación, entre otros, a lo cual se suman las situaciones de angustia o intranquilidad que puede atravesar al convivir con otros reclusos, nada de lo cual ocurre con la detención domiciliaria ni con la privación jurídica de la libertad, pues no es lo mismo, sin duda, permanecer en la casa que en un centro de reclusión**”³⁴ (se destaca).*

En sentencia del 28 de agosto de 2014 (expediente 36.149) esta Sección sugirió una guía para la liquidación de este perjuicio inmaterial, que toma como parámetro el tiempo que duró la detención, así:

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de agosto de 2016, expediente 39.747, Magistrado Ponerte: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

	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

De las pruebas arrojadas al expediente, se encuentra probado que Diego Halaby Molina estuvo privado de la libertad en su domicilio desde el 27 de enero hasta el 28 de abril de 2006, es decir, por un período total de 3 meses y 1 día.

Así las cosas, (según la tabla, el actor, en principio, tendría derecho a que se le reconocieran 50 smlmv); sin embargo, con la reducción del 30% del quantum indemnizatorio, al demandante por el tiempo que estuvo privado de la libertad en su domicilio le corresponde el equivalente a treinta y cinco (35) SMLMV, monto que fue reconocido en primera instancia, y no desmejora la condición de apelante único de la Rama Judicial, por ello la Sala lo confirmará.”

Por Daños Morales en el Caso Concreto.

Al estar acreditada la privación injusta de la libertad del Demandante **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, durante un periodo de tiempo de 2 años, 10 meses y 12 días, se infiere en forma razonada, y a la luz de las máximas de la experiencia, que tanto él, como su compañera permanente, sus hijos de sangre sus padres y hermanos, quienes acreditaron en debida forma su legitimación en la causa, padecieron una afección de orden moral por su detención, pues de ello se obtuvo plena prueba, a través de los testimonios recaudados.

En lo que atañe a la solicitud de indemnización de perjuicios morales de los demás demandantes, entiéndase los tíos, primos, su suegra y cuñado, el despacho negará las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo señalado en la referida sentencia de unificación (SU 36149) traída a colación en la parte considerativa de la presente providencia, pronunciando la cual determino:

“..Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto

afectada o limitada su libertad; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad. Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho 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 cercanos, según corresponda...”

Pues como expuso el órgano de cierre, el dolor moral se presume de los parientes más cercanos, entiéndase estos como padres, hermanos, cónyuge e hijos, debiéndose acreditar dentro del plenario el perjuicio moral padecido por los tíos, primos y demás afines, escenario que no fue acreditado en el presente proceso, pues a pesar de que los testimonios señores **LILIANA MARIN** y **JOSE MARIA MONTENEGRO VARGAS**, señalan que la familia del señor **JORGE DIEGO** era muy unida, no se expone de manera clara y puntual el padecimiento sufrido por cada uno de estos frente a la privación de que fue víctima el demandante.

Ahora bien, resulta pertinente tener de presente los parámetros establecidos para la tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, y contenidos en el pronunciamiento emitido por la Sección Tercera – Sala Plena, del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón, en Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, dictada dentro del proceso con Radicación 680012331000200202548 01 (36.149), decisión que además deberá estar orientada por los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo, consistentes en: 1) el temporal, consistente en el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; 2) el factico, este es, las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, estableciéndose si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; y 3) el publicitario, por la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado, y la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Conforme a las anteriores reglas jurisprudenciales, y atendiendo los parámetros citados en el párrafo que antecede, para efectos de obtener la cuantificación de ellos, se tendrá de presente el grado de afectación sufrido por los perjudicados, esto es por el procesado, como por los demás demandantes, quienes conforman su núcleo familiar, menos el 30% por haber sido la medida de detención preventiva en su lugar de domicilio, por lo que se ordenará el reconocimiento a título de perjuicios morales, de los siguientes montos:

Para los señores **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA** (perjudicado directo), **MARITZA SALAZAR SEPÚLVEDA** (compañera permanente del perjudicado

directo) **JUAN ESTEVAN SANTA SALAZAR** (hijo del perjudicado directo); **HERNANDO ANTONIO SANTA BEDOYA** (padre del perjudicado directo), **MIRIAN MEJÍA DE SANTA** (madre del perjudicado directo), la suma de **SETENTA (70) SMLMV**, para la fecha de la presente providencia.

Para los hermanos del perjudicado señor(as) **LIDA AMPARO SANTA MEJÍA** (hermana del perjudicado directo), **YEINER SANTA SEPÚLVEDA** (hermano del perjudicado directo), **DIANA PATRICIA MARÍN MEJÍA** (hermana del perjudicado directo), **YEINSON ALEJANDRO SANTA SEPÚLVEDA** (hermano del perjudicado directo), la suma de **TREINTA Y CINCO (35) SMLMV**, para la fecha de la presente providencia.

Por Derecho al Honor y Buen Nombre

Con relación a la indemnización por concepto de daño al buen nombre solicitada en la demanda, dirá el Despacho que si bien el demandante efectivamente sufrió una afectación, la misma se considerara reparado con el reconocimiento de los perjuicios morales anteriormente determinados, pues este Despacho Judicial considera que en el presente proceso no se afectó el buen nombre y honor del actor.

Perjuicios por Daño a la Salud y afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados

En relación con este perjuicio, se advierte que, del material probatorio aportado con la demanda, y los testimonios recaudados a lo largo del proceso, se pudo establecer que el padecimiento por los hoy demandantes no fue más allá del perjuicio moral ya reconocido, por lo que no se accederá al reconocimiento de la indemnización por tal concepto, por cuanto esta operadora judicial no avizora no afectación que genere una indemnización más allá de la ya otorgada.

Perjuicio por Privación de la Libertad

Este mismo criterio se aplicará a la indemnización pretendida en la demanda por concepto de privación de la libertad como perjuicio autónomo, reiterando que dentro del proceso no se avizora un daño que amerite el reconocimiento de una indemnización más allá de la ya concedida por concepto de perjuicios morales.

De la Condena en Costas

Estando dentro de la oportunidad pertinente, por el Despacho se procede a proferir la decisión sobre la condena en costas, para lo cual se dará aplicación a lo dispuesto sobre esta materia en el Código General del Proceso, tal y como lo establece el Artículo 188 del CPACA, disposición que prescribe que en la sentencia

el juez “dispondrá” sobre este asunto, lo que en verdad está señalando es que el operador judicial en cada caso particular debe observar la procedencia e improcedencia de dicha condena conforme se acredite probatoriamente su causación así lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado en providencia del 7 de abril del año 2016 (Expediente 13001 23 33 0000130002201(12912014-9) MP William Hernández Gómez).

Así las cosas, se tiene que el Artículo 365 del CGP, contiene las reglas que deberán ser atendidas al momento de decidir sobre la condena en costas, refiriéndose la primera de ellas al sujeto pasivo de la condena, esto es, a quien resulte vencido en juicio, no obstante en los demás numerales se contemplan las demás, y entre ellas se encuentra la contemplada en el numeral 8, la cual a la letra dice: *“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que no obra dentro del plenario prueba alguna a través de la cual se pueda comprobar la incursión en alguno de los conceptos que integran las costas, conlleva a emitir un pronunciamiento absolutorio respecto de esta pretensión.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO PRIMERO DEL CIRCUITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DE BUGA**, perteneciente al Distrito Judicial Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRANSE probada la excepción denominada **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** propuesta por la entidad demandada **POLICÍA NACIONAL**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLÁRASE a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la **RAMA JUDICIAL**, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales ocasionados los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor **JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDÉNASE A LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA

NACIÓN y LA RAMA JUDICIAL a pagar en proporción del 50 % cada una, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Nombre – Parentesco	Salarios Mínimos Legales Vigentes
JORGE DIEGO SANTA ARBOLEDA (perjudicado directo)	70
MARITZA SALAZAR SEPÚLVEDA (compañera permanente del perjudicado directo)	70
JUAN ESTEVAN SANTA SALAZAR (hijo del perjudicado directo)	70
HERNANDO ANTONIO SANTA BEDOYA (padre del perjudicado directo)	70
MIRIAN MEJÍA DE SANTA (madre del perjudicado directo)	70
EINER SANTA SEPÚLVEDA (hermano del perjudicado directo)	35
DIANA PATRICIA MARÍN MEJÍA (hermana del perjudicado directo)	35
YEINSON ALEJANDRO SANTA SEPÚLVEDA (hermano del perjudicado directo)	35
LIDA AMPARO SANTA MEJÍA (hermana del perjudicado directo)	35

QUINTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL y LA RAMA JUDICIAL darán cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 192 y siguientes del CPACA.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia, según lo indicado.

OCTAVO: EN FIRME la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa cancelación de su radicación. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente; así mismo, se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Laura Cristina Tabares Gil
Juez
Juzgado Administrativo
001
Guadalajara De Buga - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f67d4dfd310fbfead0447c8eeafc534f77593d9da5759352ede1b487e7eec04f

Documento generado en 20/10/2021 12:10:19 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>