

Bogotá julio de 2021

**HONORABLES MAGISTRADOS
SALA PLENA
CONSEJO DE ESTADO
O.D.R.**

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA
ACCIONADO: SECCIÓN TERCERA – CONSEJO DE ESTADO Y OTRA

CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la C.C. 16.479.733 de Buenaventura, mediante este escrito interpongo acción de tutela por la violación de mis derechos fundamentales al Debido Proceso Constitucional y Legal, y al acceso a la administración de justicia, en los siguientes términos.

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES.

1. ACCIONANTE.

Es accionante el suscrito CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, mayor y vecino de Buenaventura, identificado con la C.C. 16.479.733 de Buenaventura.

2. ACCIONADO

Es accionada la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sala Presidida por el doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

Por tener interés en este proceso debe citarse a LA NACIÓN RAMA JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representadas por el Director Nacional de Administración Judicial y el Fiscal General de la Nación.

Igualmente debe vincularse a esta tutela la Sala Quinta Especial de Decisión del Consejo de Estado, presidida por el doctor MILTON CHAVEZ GARCÍA.

II. HECHOS

1. El señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue nombrado para desempeñar el cargo de JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS de la administración Municipal de Buenaventura, siendo alcalde el señor JOSE FELIX OCORÓ.
2. En el año 1997 estando en ejercicio del cargo de JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS DEL Municipio de Buenaventura, el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue vinculado por la Fiscalía Seccional a una investigación penal por los presuntos delitos de PECULADO, PREVARICATO, Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO.

3. El día 27 de junio de 1997 el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue privado de la libertad en cumplimiento de una medida de aseguramiento consistente en DETENCIÓN SIN BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN proferida por la Fiscalía Noventa y Cinco Seccional de Cali, dentro de la investigación iniciada en su contra por los presuntos delitos de PECULADO, PREVARICATO, Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO.
4. Esta medida de aseguramiento se tradujo en la privación de la libertad del señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA desde el día El 27 de junio de 1997 hasta el día 2 de enero de 1.998, período en el cual estuvo recluso en la cárcel de Villa Hermosa en la ciudad de Cali.
5. La decisión de la Fiscalía noventa y cinco Seccional de Cali, de privar de la libertad bajo medida de aseguramiento al señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue revocada por Resolución 7-013 del 5 de febrero de 1998, proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada Ante el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que impuso la medida de aseguramiento de detención.
6. Esta resolución 7-013 de 1998 señala que el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA como JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS DEL MUNICIPIO DE BUENAVENTURA no cometió los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN, PREVARICATO y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO, considera que solo debe investigarse si incurrió en alguna falta de cuidado en ejercicio de sus funciones que hubiera podido conducir a la pérdida de recursos del Municipio, lo que se investigaría como un presunto peculado culposo, delito menor en el que no media DOLO o intención del responsable y que por la pena establecida para la época de los hechos conducía a imponer una medida de CONMINACIÓN, como lo hiciera la Fiscalía delegada ante el Tribunal, ordenando la libertad inmediata del investigado, la que se materializó el día 2 de enero de 1.998.
7. Finalmente el proceso concluyó el día 8 de septiembre de 2003 cuando el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura decretó la CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO contra el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA por haber operado el fenómeno de la PRESCRIPCIÓN de la acción penal.
8. Con esta decisión concluyó el proceso penal, afectado por el fenómeno de la prescripción, pero no cabe duda de que el suscrito CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA y toda mi familia sufrimos perjuicios materiales y morales derivados de los errores cometidos por la Fiscalía y que se demostrarán más adelante.
9. Por estos hechos se inició ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca una acción de Reparación Directa contra la Nación Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación siendo actores el suscrito CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA y mi familia.
10. En sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se negó las pretensiones de la demanda, con

fundamento en que no se acreditó que la privación de la libertad de César Augusto Gamboa Valencia obedeció a una falla del servicio de la administración de Justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación y en que, por el contrario, lo que se observa es que las decisiones de ésta se ajustaron a derecho, teniendo como base las pruebas recaudadas en el proceso penal, de modo que la detención de dicho señor no puede calificarse de injusta, de arbitraria, ni de ilegal.

11. Sostuvo el Tribunal que el hecho de que la Fiscalía le precluyera la instrucción al procesado en lo relativo a los delitos contra la fe pública y variara la calificación del peculado de doloso a culposo (delito que no ameritaba la detención preventiva sino la conminación), no quiere decir que el sindicado fue exonerado de responsabilidad penal, sino que la investigación continuó por otro tipo penal.
12. Al proferir esta sentencia el Tribunal no tuvo en cuenta que el proceso penal concluyó con preclusión de la investigación en favor del procesado por prescripción de la acción.
13. La sentencia contenciosa de primera instancia fue apelada por el suscrito actor y mi familia,alzada que correspondió a la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, siendo ponente el doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO, siendo radicado el proceso en mayo del 2012.
14. Lo que se discutía ante el Consejo de Estado era si con la sentencia que precluyó la investigación en favor del suscrito actor, quedó probado que la Fiscalía General de la nación cometió un daño antijurídico al haber privado de la libertad al actor dentro de la respectiva investigación penal. Ese era el tema que debía resolver el Consejo de Estado.
15. No obstante lo anterior, por sentencia del primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferida en el proceso con **radicación número:** 76001-23-31-000-2005-00387-01 (43.852), la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado,

presidida por el doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO, resolvió de fondo el recurso de apelación declarando de oficio la caducidad de la acción, sin que fuera la misma motivo de apelación o discutida dentro del proceso, con lo cual se sorprendió a la parte actora, que nunca tuvo la oportunidad de discutir ni en la primera ni en la segunda instancia la caducidad que de oficio se decreto

16. Con este proceder La Sección Tercera del Consejo de Estado violó los derechos fundamentales del suscrito actor y mi familia, como pasa a demostrarse.

17. El suscrito adelantó una acción de tutela, por considerar vulnerados mis derechos fundamentales, la cual fue conocida en última instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que el día 21 de noviembre de 2018, con ponencia de la doctora LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ, declaró improcedente la tutela, por considerar que el suscrito podía agorar el RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN contra la sentencia, con lo cual no procedía la acción de tutela.

18. Atendiendo lo señalado por la honorable magistrada, interpose el recuso extraordinario de revisión, del cual conoció la sección Quinta, presidida por el doctor MILTON CHAVEZ GARCÍA en sentencia del pasado 16 de febrero de 2021, declaró improcedente la acción de revisión, en contra de lo considerado en la providencia de tutela del 21 de noviembre de 2018.

19. Con esta decisión de REVISIÓN de la Sección Quinta del Consejo de Estado, quedan vulnerados mis derechos fundamentales, por lo que procede la acción de tutela para el restablecimiento de los mismos.

III. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIA

Mediante la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional sistematizó una importante sucesión de pronunciamientos y las discusiones más relevantes que se han presentado desde sus primeros fallos en torno al tema, exponiendo de manera detallada las razones de orden constitucional que permiten la procedencia

excepcional de la tutela contra providencias judiciales, así como los requisitos generales de procedencia de esta acción.

En la referida sentencia, la Sala Plena de la Corporación consolidó una extensa línea jurisprudencial en la que se ha reconocido de manera expresa y detallada la doctrina sobre los presupuestos de procedibilidad excepcional de la tutela contra providencias judiciales, mediante la cual han venido sistematizándose las reglas sobre los presupuestos generales y especiales de procedibilidad.

De acuerdo con la línea jurisprudencial reafirmada en la referida sentencia C-590/05, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

En el presente caso, por tratarse de un tema de naturaleza constitucional, como es derecho del suscrito actor y mi familia a la reparación del daño antijurídico causado por el Estado colombiano.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada.

En el presente caso se profirió sentencia de primera y segunda instancia en la jurisdicción contencioso administrativa, además de ello, **se agotó el recurso extraordinario de revisión**, por tanto, están agotados todos los recursos al alcance del suscrito.

c. 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.

Como quiera que **el fallo de revisión** es del 16 de febrero de 2021, notificado en marzo de 2021, considero estar cumpliendo con el requisito de la inmediatez.

d. 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.

En el presente caso, estamos ante una irregularidad procesal, pues se profiere una sentencia en la que se declara de oficio la CADUCIDAD de la acción, cuando esa caducidad no fue objeto de discusión o controversia en el recurso de apelación ni en la segunda instancia. La sentencia de primera instancia fue estimatoria de las pretensiones de la demanda y la apelación no versaba sobre la caducidad de la acción. La Sala accionada debía aplicar el principio de congruencia y resolver de fondo la apelación, pero en lugar de ello, declaró de oficio la caducidad de la acción, a pesar de reconocer en el fallo lo siguiente:

“Pues bien, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa caduca al cabo de 2 años, contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión

u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En concordancia con esta norma, en los eventos de privación injusta de la libertad el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el momento en el cual el sindicato recupera la libertad y/o queda ejecutoriada la providencia absolutoria –lo último que ocurra-“.

En el proceso penal que se adelantó contra el suscrito actor LA PROVIDENCIA ABSOLUTORIA se profirió el día 8 de septiembre de 2003 cuando el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura decretó la CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO contra el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA por haber operado el fenómeno de la PRESCRIPCIÓN de la acción penal.

Es claro entonces que la ÚLTIMO QUE OCURRIO fue la providencia absolutoria del procesado del 8 de septiembre de 2003, por tanto la caducidad de la acción ocurriría el 8 de septiembre de 2005 y la demanda se presentó el día 6 de septiembre de 2005, por tanto no operó la caducidad de la acción. Debe precisarse que en esa sentencia del 8 de septiembre de 2003, bien se pudo condenar al actor, caso en el cual la privación la libertad formaría parte de la pena que se hubiese impuesto, por ello, solo una vez absuelto el procesado podía empezar a contarse el término de caducidad de la acción.

Con ese proceder y la sentencia oficiosa que decretó la caducidad de la acción La Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en esta causal de procedencia de la tutela contra sentencia.

Como quiera que al resolver el recurso extraordinario de revisión, la Sala lo consideró improcedente, solo queda al suscrito al acción de tutela para el restablecimiento de mis derechos fundamentales.

e. 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.

Ya en el acápite de hechos se relacionaros de manera razonable aquellos que generaron la vulneración de los derechos fundamentales de la suscrita actora como requisito de procedibilidad de la tutela, los que no igualmente fueron invocados en el trámite del proceso.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida.

No estamos ante sentencias de tutela se trata de fallos de la jurisdicción ordinaria laboral.

Creemos pues que en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la tutela contra sentencia judicial. Ha menester ahora demostrar la causal.

Adicionalmente a la concurrencia de los requisitos generales, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario tener plenamente demostrado que se presenta al menos una de las causales especiales de procedibilidad, consistentes en que la providencia atacada presenta uno de los siguientes vicios o defectos:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.

No es ese mi caso.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

En el presente caso, el Tribunal actuó al margen del procedimiento establecido, pues si en el trámite de segunda instancia no era objeto de debate ni de discusión la caducidad de la acción, era deber de la sala aplicar el principio de congruencia y resolver sobre el objeto de controversia en la alzada, pues si bien tiene competencia para declarar de oficio la caducidad, presupone esa facultad que tal situación se haya discutido dentro del proceso para que las partes tengan la oportunidad de defenderse o al menos pronunciarse frente a esa situación, lo que no ocurrió, pues la parte actora fue sorprendida con esa decisión, que además es contraria a derecho por cuanto la demanda se presentó antes de cumplirse los 2 años desde cuando el procesado fue absuelto.

Lo que procedía era que la sala resolviera de fondo la alzada con respeto del principio de congruencia o evaluar la caducidad conforme a la realidad procesal, lo que no hizo.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

En el presente caso el Tribunal carecía de apoyo probatorio para decretar una caducidad, que además no se estaba discutiendo en segunda instancia, pues lo que evidencian las pruebas es que al actor lo absolvieron el 8 de septiembre de 2003 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2005, por tanto no hay prueba de la caducidad decretada en la sentencia objeto de esta acción de tutela.

Estamos ante esta causal de procedencia de la tutela contra sentencia en este caso.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan

una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

En este caso hay una evidente contradicción entre la decisión de caducidad y las pruebas que muestran que al actor lo absolvieron el 8 de septiembre de 2003 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2005, por tanto no hay prueba de la caducidad decretada en la sentencia objeto de esta acción de tutela.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

No es ese el caso.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

En el presente caso la motivación de la declaratoria de caducidad y esa decisión no estaban ya dentro de la órbita funcional de la sección Tercera del Consejo de Estado, pero si en gracia de discusión se aceptara tal argumento, debió seguir la regla de verificación de la caducidad, según la cual al actor lo absolvieron el 8 de septiembre de 2003 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2005, por tanto no hay prueba de la caducidad decretada en la sentencia objeto de esta acción de tutela.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h. Violación directa de la Constitución.

En el presente caso la Sala accionada inaplicó el precedente de la misma según el cual los dos años de caducidad se cuentan desde la fecha de absolución del actor que fue lo último que ocurrió, por tanto, al decretar la caducidad contando el término desde cuando se concedió la libertad al procesado, cambia sin justificación alguna su propio precedente.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS.

Considero con todo respeto que la Sección Tercera del Consejo de Estado al proferir sentencia de segunda instancia que motiva esta tutela, vulneró a mi familia

y al suscrito nuestros derechos fundamentales de EL DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

En el presente caso se vulneró al suscrito y mi familia el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la C.N. por cuanto el Consejo de Estado debía por congruencia resolver la alzada conforme al recurso presentado, pero además de ello, respecto a la caducidad debía contar el término desde la fecha de absolución del procesado, lo que no hizo, pues en lugar de ello se contó el término desde la fecha en que se profirió la resolución de libertad del procesado, sin tener en cuenta que con esa decisión no se me absolvió, pues el proceso continuó y solo en 8 de septiembre de 2003 se dictó la sentencia absolutoria, en la que me hubiesen podido condenar, para que parte de esa pena se tuviera por pagada con la privación de la libertad de la que fui objeto. Por tanto solo hasta la sentencia absolutoria del 8 de septiembre de 2003, existió certeza del daño antijurídico causado al suscrito y por tanto es desde allí que se debía contar el término de caducidad. Pero además de ello, el accionado violó el debido proceso y el derecho de defensa al decretar de oficio esa caducidad sin darnos la oportunidad procesal de discutir tal situación en primera y segunda instancia.

Con este proceder, contradictorio e injustificado, el accionado violó nuestro derecho al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, pues si bien formalmente he accedido a la misma, materialmente se toma una decisión injusta frente a lo que se probó y discutió en el proceso.

Como quiera que el mismo Consejo de Estado, consideró que procedía el RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN, adelanté el mismo, pero en la decisión de fondo señalan que no procede, con lo cual solo me queda la acción de tutela para el restablecimiento de mi derecho.

3. PETICIÓN.

Por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, con el debido respeto, solicito al Honorable Consejo de Estado tutelar los derechos fundamentales del suscrito actor y mi familia, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, vulnerados por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado conforme a los hechos de la presente acción y como consecuencia de ello, se ordenará a la Sala accionada, dejar sin efectos la sentencia del 1 de marzo de 2018 dentro del proceso radicado con el número: 76001-23-31-000-2005-00387-01 (43.852), con ponencia del doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO y como consecuencia de ello, también se dejará sin efectos la sentencia de REVISIÓN del 16 de febrero de 2021, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del doctor MILTON CHAVEZ GARCÍA y en su lugar, proferir una nueva sentencia en la que se aplique el principio de congruencia y se resuelvan los argumentos de fondo del recurso de apelación por no haber operado la caducidad de la acción declarada de oficio en la sentencia que motiva la acción de tutela.

- PRECEDENTE

En sentencia T-075 de 2014, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la forma como debe contarse el término de caducidad, estimando las pruebas obrantes en el proceso, señaló:

“5.7.3 Así, la interpretación dada por el Tribunal accionado al numeral 8 del artículo 136 C.C.A., es perjudicial para los intereses legítimos de la parte demandante, que sumado al precedente del Consejo de Estado; a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, a la calidad de sujeto de especial protección constitucional del accionante; al principio de equidad; al carácter fundamental del derecho a la salud; en aplicación del principio pro damnatum, es razonable considerar que en ciertos eventos el daño se manifieste tiempo después de la ocurrencia del hecho o la omisión de la administración que causó el perjuicio o que éstos se prolonguen en el tiempo, hasta tanto se otorgue un diagnóstico definitivo del daño. Y tal como lo demuestran los diferentes elementos probatorios que constan en el expediente del proceso de reparación directa, Luis Alberto ha tenido expectativas de recuperación a pesar de la omisión, constante, del ISS en suministrar el tratamiento que requiere y sólo hasta el 1 de julio de 2003 conoció que la omisión del ISS había generado un daño del 72.5% de pérdida de capacidad laboral (según el Manual Único de calificación de la invalidez, Decreto 917 de 1999).

5.8. Por lo tanto, el término a partir del cual se debió contabilizar la caducidad de la acción, es a partir del 1 de julio de 2003, tal como lo hizo, en primera instancia del proceso de reparación directa el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, lo cual implica que no ha caducado la acción, pues los accionantes iniciaron la demanda de reparación directa el 9 de septiembre de 2004, es decir, un año y dos meses después de que conocieron del diagnóstico definitivo del daño. Tal como lo ha considerado la Sala Plena de esta Corporación, los términos de caducidad son un límite para los ciudadanos de reclamar al Estado determinado derecho, por lo que la actitud negligente del legitimado no puede ser protegido si no alega dentro de las oportunidades establecidas en la legislación para ello. Sin embargo, en el caso concreto, la conducta de los demandantes no fue negligente, descuidada o desplegada con desidia, pues no conocían en definitiva, el daño sufrido por Luis Alberto a causa de la falla en la prestación del servicio médico por la omisión de suministrar oportunamente un tratamiento prescrito.

5.8.1. En este orden de ideas, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en un defecto sustantivo pues aplicó en el caso concreto el término de caducidad de la acción establecido en el numeral 8 del artículo 136 C.C.A., desconociendo no solo la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin acudir a principios constitucionales y valorar las pruebas que obran en el expediente, que impedían determinar una fecha exacta en la cual se produjo el daño o se conoció, ya que se trata de daños sucesivos y concurrentes, que, bajo la interpretación de la jurisprudencia contencioso administrativa y los principios enunciados previamente, bajo una visión razonable de las circunstancias y pruebas en el caso concreto, se puede evaluar que el desconocimiento por parte de los afectados de la existencia del daño, no surgió por el desinterés o el descuido de éstos, sino por las particularidades de la enfermedad de Luis Alberto Ramírez y la ignorancia de la entidad del daño sufrido por él, como consecuencia de la negligencia del ISS en otorgarle un tratamiento a tiempo. Asimismo, incurrió en un defecto fáctico, al omitir valorar las pruebas aportadas por los accionantes, por medio de las cuales se constata que los daños sufridos por Luis Alberto han sido de tracto sucesivo.

5.9. *En virtud de lo anterior, la Sala revocará las sentencias proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 3 de julio de 2013 que confirmó la providencia emitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, del 21 de junio de 2012 que declaró la improcedencia de la acción de tutela, y en su lugar, concederá el amparo de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, razón por la cual se dejará sin efectos la sentencia del 16 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa en el proceso iniciado por los accionantes contra el ISS, para que en su lugar, se pronuncie de fondo sobre la responsabilidad del ISS, teniendo en cuenta que la acción de reparación directa no se encuentra caduca, pues tal como se indicó anteriormente, ésta debe contabilizarse desde el 1 de julio de 2003.*

Este precedente es aplicable al presente caso.

VI. PRUEBAS DOCUMENTALES.

1. Copia de la sentencia de reparación directa de primera instancia, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.
2. Copia del memorial de apelación de la precitada sentencia de primera instancia.
3. Copia del fallo de segunda instancia proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado.
4. Copia de la sentencia de tutela del 21 de noviembre de 2018, en la cual se señaló que procedía el recurso extraordinario de revisión.
5. Copia de la sentencia de REVISIÓN del pasado 16 de febrero de 2021.
6. DOCUMENTAL POR SOLICITAR

Si la Honorable Sala lo considera necesario solicito se oficie al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca para que con destino a este expediente remitan copia de todo lo actuado en el proceso radicado 76001-23-31-000-2005-00387-00, siendo actores CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA y OTROS, para mejor proveer dentro de esta acción constitucional. De haberse digitalizado el expediente, solicito comedidamente se requiera la remisión del mismo.

VII. NOTIFICACIONES

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado puede ser notificada a través del doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO, en su

despacho del Palacio de Justicia de la ciudad de Bogotá, correo electrónico ces3secr@consejoestado.ramajudicial.gov.co.

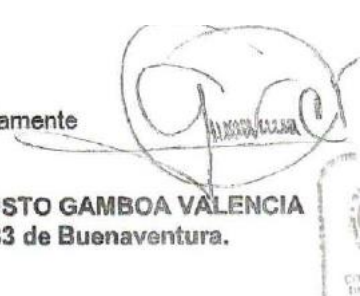
La Sección Quinta del Consejo de Estado, presidida por el doctor MILTOJN CHAVEZ GARCIA, en su despacho del Palacio de Justicia de la ciudad de Bogotá, correo electrónico ces5secr@consejoestado.ramajudicial.gov.co.

El Fiscal General de la nación en la Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre) de Bogotá, a través del e-mail jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

El Director Nacional de Administración Judicial como representante de la Nación Rama Judicial puede ser notificado en la Ac 72 No. 7-96 de Bogotá, o en el e-mail deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co.

El suscrito actor recibirá notificaciones en la en la Calle Caturrana diagonal 3 A No. 14 A – 48 barrio Bajo Firme de Buenaventura - e-mail ceaugava@gmail.com.

De usted atentamente


CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA
C.C. 16.479.733 de Buenaventura.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA
SALA DE DECISIÓN

Santiago de Cali, seis (6) de julio de dos mil once (2011)

SENTENCIA

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

Exp. No. 76-001-23-31-000-2005-03871-00

PARTE DEMANDANTE: JOSÉ KENNY GAMBOA VALENCIA Y OTROS

PARTE DEMANDADA: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR A. VALERO NISIMBLAT

I. ANTECEDENTES

El señor CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, mayor de edad y actuando en su propio nombre y en el de sus menores hijos CÉSAR AUGUSTO, GUSTAVO ADOLFO y MAURICIO STIVEN GAMBOA DOMÍNGUEZ y los señores BRÍGIDA VALENCIA VIUDA DE GAMBOA, MARÍA DELFRIDA, JOSÉ KENNY, HENRY, MARÍA HUMILDAD, CRUZ ERMIRA, BRÍGIDA, FRANCIS PAÚL, EVERLYN GAMBOA VALENCIA mayores de edad y actuando en su propio nombre y representación, interpusieron a través de apoderado judicial ante este Tribunal, demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin de que se realicen las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1.- Se declare a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsable de los daños y perjuicios, causados a los demandantes por la privación injusta del señor César Augusto Gamboa Valencia desde el 27 de junio de 1997, hasta el 2 de enero de 1998.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada al pago de los perjuicios sufridos por los accionantes discriminados de la siguiente manera:

- PERJUICIOS MATERIALES:

a.) Lucro Cesante: A favor del señor César Augusto Gamboa Valencia, una suma de Ochocientos Millones de Pesos (\$800.000.000) que dejó de percibir mientras se encontraba privado de su libertad, considerando que se desempeñaba como

Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la Alcaldía de Buenaventura.

- b.) Daño Emergente: A favor del señor César Augusto Gamboa Valencia, la suma de Quince Millones Quinientos Mil Pesos (\$15.500.000) correspondientes a los gastos por concepto de honorarios profesionales.

A favor de los demás demandantes, la suma de Cinco Millones de Pesos (\$5.000.000) por concepto de traslado desde la ciudad de Buenaventura hasta Santiago de Cali, gastos en que debieron incurrir para visitar al señor Gamboa Valencia en la Cárcel de Villa Hermosa.

- PERJUICIOS INMATERIALES

- a.) Perjuicios Morales: A cada uno de los demandantes, una suma equivalente a CIEN (100) S.M.L.M.V.

- b.) Daño a la Vida en Relación: Para el señor César Augusto Gamboa Valencia, el equivalente a Trescientos (300) S.M.L.M.V.

3.- Se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho que se causen.

4.- Se de cumplimiento a la Sentencia de conformidad con lo expuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Las anteriores pretensiones con fundamento en los siguientes,

HECHOS

1. El 27 de junio de 1997 la Fiscalía Noventa y Cinco Seccional Santiago de Cali, decretó en contra del señor César Augusto Gamboa Valencia, medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, fecha para la cual este se desempeñaba como Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Buenaventura.
2. El señor Gamboa Valencia fue vinculado al proceso junto con otros funcionarios por los presuntos delitos de peculado, prevaricato y falsedad en documento público.
3. En razón a la detención injusta y a la falla en el servicio cometida, se ordena posteriormente la preclusión de la investigación a favor del señor Gamboa Valencia por los delitos de falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público.
4. No obstante lo anterior, la operadora judicial, al calificar el mérito del sumario,

V

lo acusa por la presunta comisión de los delitos ya precluidos, y extiende la orden de captura aún en tratándose de una providencia no ejecutoriada, desconociendo lo resuelto por el superior.

5. La privación injusta de la libertad causó enormes perjuicios de índole moral y material a su familia, pues eran sumamente unidos, generando este hecho gran dolor y tristeza a todos sus miembros.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

La parte actora fundamenta sus pretensiones en las siguientes normas:

- Artículos 2, 5, 6, 11, 12, 13, 15, 28, 31, 33, 90, 93 y 228 de la Constitución Política.
- Artículos 86, 132, 136, 137, 176, 177, 178, 206 y s.s del C.C.A.
- Artículos 31, 40 y 44 de la Ley 446 de 1998.
- Artículos 678, 1005, 1613 y s.s, 2341, 2347, 2352, 2356, 2358 y 2536 del Código Civil.
- Artículo 97 del Código de Procedimiento Penal y demás normas concordantes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, debidamente representada y actuando por intermedio de apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la demanda y se atiene a lo probado en el proceso.

Manifiesta que no se configuró responsabilidad alguna por parte de las accionadas, en la medida que debe encontrarse plenamente acreditada la falla del servicio, bien sea por actuaciones administrativas, omisiones, o hechos que hayan causado los perjuicios que se alegan.

Elabora un recuento cronológico de las actuaciones surtidas por la Fiscalía, de las cuales concluye que se le respetaron todas las garantías procesales al directo afectado y que pasados cinco años luego de la ejecutoria de la resolución de acusación, se decretó a su favor la cesación de procedimiento pues operó la prescripción de la acción penal en la etapa de la causa, de lo que se colige que tal fenómeno no operó a costa de la Fiscalía, pues esta fue diligente investigando lo favorable y desfavorable al procesado, *"existiendo suficiente impulso procesal en el cual se tomaron la decisiones que correspondía y nunca fue dilatado o demorado el proceso."*

Indica que la privación de la libertad del señor Gamboa Valencia no constituye un daño antijurídico, pues del procedimiento ejecutado por la Fiscalía en el que la calificación de los delitos varió por el fiscal de segunda instancia a "peculado culposo", se traducen en la investigación y en la utilización de los medios de prueba que debía utilizar el ente investigador para determinar o no responsabilidad en el caso.

Concluye indicando que en el caso se presenta una ausencia de nexo de causalidad, insistiendo en que no se acreditó la falla en el servicio alegada, por lo que improcedente resulta declarar administrativamente responsable a la Administración

La **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** no contestó la demanda de conformidad con el Informe Secretarial visto a folio 312 del expediente.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La Fiscalía General de la Nación, en la contestación de la demanda, llamó en garantía a la señora Nelly Vásquez Zapata, fiscal que calificó el mérito del sumario en el caso bajo estudio, el cual fue rechazado a través de Auto Interlocutorio No. 040 del 16 de abril de 2007 y visto a folios 313 a 318 del plenario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo las demandadas allegaron escrito manifestando en síntesis lo siguiente:

La **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** (fls. 343 - 347), en escrito extemporáneo, reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la contestación de la demanda.

La **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** (fls. 353 - 360), solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, trayendo a colación apartes de la Ley 270 de 1996 y la jurisprudencia que ha desarrollado la privación injusta, para concluir que el hecho de que se declarara la cesación de procedimiento a favor del afectado, por haber operado la prescripción, no se traduce en las causales consideradas en norma citada, sino que se aplicó el principio de favorabilidad.

Solicita se declare oficiosamente la Falta de Legitimación en la causa por pasiva, pues la Fiscalía General de la Nación goza de autonomía administrativa y presupuestal.

El Ministerio Público guardó silencio.

Tramitada la instancia y no observándose causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico a resolver

Se ejercita en esta oportunidad la acción de Reparación Directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la cual tiene como fin la declaración de responsabilidad del Estado respecto de los daños antijurídicos que con ocasión de su actividad pueda causar a los administrados.

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar administrativamente responsable a la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por la presunta privación injusta del señor César Augusto Gamboa Valencia desde el 27 de junio de 1997 y hasta el 2 de enero de 2008, durante la investigación penal que se adelantó en su contra por los delitos de de peculado, prevaricato y falsedad en documento público, a quien le fuere decretada la cesación de procedimiento por prescripción de la acción.

Cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado

En virtud del artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, de donde se infiere que son tres los elementos que deberá hallarse probados que estructuran la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico imputable a una acción u omisión de una autoridad en éste caso vinculada a la rama judicial, y que exista un nexo de causalidad entre aquellos extremos.

A renglón seguido, procederá la Sala a elaborar un recuento del desarrollo jurisprudencial en torno a la 'Privación Injusta de la Libertad', con la finalidad de entrar a determinar qué tesis o criterio habrá de aplicarse en el presente caso, y bajo este, establecer si hay lugar o no a condenar a la Administración por los hechos que aquí se reclaman.

- La Responsabilidad Estatal por 'Privación Injusta de la Libertad'

El artículo 16 de nuestra anterior Constitución Política (1886), disponía respecto de la responsabilidad del Estado que *"Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares"*.

En la Constitución Política actual (1991), el artículo 90 estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de todas las autoridades públicas.

De igual forma, el inciso 2º del art. 2º de nuestra Carta Política vigente señala que *"las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*.

Ahora bien, el art. 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991¹), establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta, y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. Dichos preceptos

¹ Vigente entre el 19 de julio de 1991 y el 23 de julio de 1992, derogado por la Ley 550 de 2000.

fundamentaron el posterior desarrollo jurisprudencial que manejó el Consejo de Estado sobre el tema, como se verá más adelante.

Por su parte, la Ley 270 de 1996 (7 de marzo), estatutaria de la administración de justicia, reguló de manera amplia la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados "por la acción o la omisión de sus agentes judiciales" y estableció además que esa responsabilidad se genera por el defectuoso funcionamiento en la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad (arts. 65 a 69).

Sobre la responsabilidad estatal por 'Privación Injusta de la Libertad', el H. Consejo de Estado, en sentencia del 11 de febrero de 2009, señaló²:

"(...)

Tratándose de la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, la Sala no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 de Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2.700 de 1.991³-, ya derogado pero aún aplicable a aquellos asuntos ocurridos durante su vigencia, como sucede en el presente asunto, pues la víctima directa del daño fue privada de la libertad el 16 de junio de 1.995, época para la cual se encontraba en vigencia el decreto aludido⁴.

Una primera línea jurisprudencial podría calificarse de restrictiva, bajo el entendido de que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados⁵. Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención⁶.

Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa⁷. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención⁸.

² Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exped. No. 15789, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

³ Expedido por el Presidente de la República en uso de facultades de emergencia. (Cita de la providencia transcrita).

⁴ El Decreto 2.700 de 2.001 estuvo vigente entre el 19 de junio de 1.997 y el 20 de julio de 2.001. (Cita de la providencia transcrita)

⁵ Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, Exped. No. 1375, (Cita de la providencia transcrita)

⁶ Sección Tercera, Sentencia de 25 de febrero de 1.994, Exped. No. 1174, (Cita de la providencia transcrita)

⁷ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, Exped. No. 1241, (Cita de la providencia transcrita)

⁸ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, Exped. No. 15006, (Cita de la providencia transcrita)

En ese orden, se sostuvo que el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos⁹. El primero, previsto en su parte inicial, señalaba que: "quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible -los cuales, una vez acreditados, darían lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, que implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*¹⁰.

(...)"

De conformidad con lo anterior se tiene que, en líneas generales, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha movido entre dos (2) tesis de imputación en los casos de responsabilidad estatal por 'Privación Injusta de la Libertad' al interpretar lo establecido en el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2.700 de 1.991 como en el art. 68 de la Ley 270 de 1996, según cuál disposición sea aplicable al caso concreto; tales tesis son la 'objetiva' o 'amplia' y la 'subjetiva' o 'restrictiva'¹¹.

Según la primera de ellas, que hasta hace poco fue mayoritaria al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda detención que concluya en absolución, incluso si esta se produce por la aplicación del beneficio de la duda (*in dubio pro reo*), debe de ser reparada por el Estado. Se sostiene bajo la argumentación de esta tesis que no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado la que deriva en la responsabilidad de este, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima en los términos del art. 90 de la Constitución Política, en tanto que "no se puede entender que los administrados estén obligados a soportar como una carga pública la privación de la libertad y que, en consecuencia, estén obligados a aceptar como un beneficio o una suerte que posteriormente la medida sea revocada", criterio que fue sostenido por la Alta Corporación en Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. No. 25508, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez:

"(...)

⁹ RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Constitucional Administrativa, Consejo de Estado, Bogotá, junio de 2003, pág. 107. (Cita de la providencia transcrita)

¹⁰ Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754. (Cita de la providencia transcrita).

¹¹ Sobre la tesis restrictiva, ver entre otras, Sentencias de 18 de octubre de 1992, del 25 de julio de 1994 y del 17 de noviembre de 1995, proferidas por la Sección 3ª del Consejo de Estado.

Así las cosas, se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano, orientado por la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede escatimar esfuerzos en aras de garantizar la protección de dicho derecho, por tanto no se puede entender que los administrados estén obligados a soportar como una carga pública la privación de la libertad y que, en consecuencia, estén obligados a aceptar como un beneficio o una suerte que posteriormente la medida sea revocada. No, en los eventos en que ello ocurra y se configuren las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. C., o incluso cuando se absuelva al detenido por in dubio pro reo -sin que opere como eximente de responsabilidad la culpa de la víctima- el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo privó del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues esa es una carga que ningún ciudadano está obligado a soportar por el sólo hecho de vivir en sociedad.

(...)"

Y en lo relativo al tema pero ya en vigencia de la Ley 270 de 1996, el Consejo de Estado, dentro de la misma providencia, haciendo referencia a lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996 en cuanto declaró la exequibilidad del proyecto de la disposición contenida en el artículo 68 de la aludida Ley Estatutaria, señaló lo siguiente:

"(...)

En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados -más no por ello excluidos, se insiste en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia-, entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.

(...)"

Ahora bien, la segunda tesis, 'subjettiva' o 'restrictiva', condiciona la responsabilidad del Estado a actuaciones jurisdiccionales arbitrarias y abiertamente ilegales¹². Esta tesis plantea que se deben analizar las circunstancias que llevaron al funcionario a imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, de manera que se

¹² -Al respecto, ver entre otras, Sentencias del Consejo de Estado - Sección Tercera, del 19 de octubre de 1992, Expediente No. 7.058; del día 25 de junio de 1994, Expediente No. 8.466; del día 17 de noviembre de 1995, Expediente No. 9.391 y del día 2 de octubre de 1996, Expediente No. 11 (citas providencias).

determine si tal decisión se encuentra ajustada a derecho, o por lo menos suficientemente razonada, o si, por el contrario, fue una decisión manifiestamente arbitraria, caso en el cual procedería la indemnización pretendida; esto es, en últimas, que habría lugar a declarar la responsabilidad estatal en esta materia, únicamente en aquellos supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia.

En salvamento de voto realizado a la providencia antes citada del 25 de febrero de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. No. 25508, la Consejera Ruth Stella Correa Palacio manifestó sobre el tema lo siguiente:

"(...)

En resumen, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal consagraba, efectivamente, dos supuestos en relación con el derecho de las personas a obtener la indemnización de los perjuicios que hubieran sufrido como consecuencia de la detención preventiva cuando el proceso culminara con sentencia absolutoria o su equivalente: un primer supuesto, que establecía una responsabilidad objetiva, en los eventos expresamente señalados en la norma, esto es, cuando la decisión absolutoria se adoptara porque en el proceso quedara acreditado que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el mismo no era punible, y un segundo supuesto que establecía una responsabilidad subjetiva, cuando la detención preventiva fuera injusta, calificación que no podía derivarse simplemente del hecho de que el proceso no culminara con sentencia condenatoria sino de consideraciones diferentes como la ilegitimidad de la medida.

(...)

Si contra el procesado se dictaba sentencia absolutoria, con un fundamento diferente a los explícitamente señalados en la primera parte del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, era necesario demostrar la injusticia de la medida de aseguramiento que hubiera sufrido el procesado. De tal manera que, si bien es cierto que en la evolución jurisprudencial que se adoptó con fundamento en la norma mencionada se terminó por rechazar el criterio de que la detención preventiva fuera una carga que en todos los supuestos debía soportar un ciudadano, tampoco, con base en esa misma norma era posible asegurar que la antijuridicidad del daño quedaba en evidencia por el hecho de que en la investigación penal no se dictara sentencia condenatoria contra el sindicado, pues era necesario demostrar, en los eventos diferentes a los contemplados taxativamente en la norma, que en la providencia misma o en el proceso se incurrió en un error judicial o que la misma decisión se dictó o se mantuvo como consecuencia del anormal funcionamiento de la administración de justicia.

(...)

Por lo anterior, considero que el derecho a la reparación por la privación de la libertad no surgía a la luz de la normativa en comento del hecho de no haberse desvirtuado la presunción de inocencia en el proceso, por el simple hecho de que tal derecho no se afecta con la medida de aseguramiento, sino porque la medida le hubiera causado un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar. Esa antijuridicidad era la que había que probar en el proceso, cuando no se estuviera dentro de las causales de absolución

que establecía el título de imputación privilegiado, del artículo 414 del decreto 2700 de 1991.

Tan claro resulta, a mi juicio, la imposibilidad de hacer producir el mismo efecto a los dos segmentos normativos establecidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento penal, que ya la Sala, en sentencias de 27 de noviembre de 2003, exps. 14530 y 14.698, aclaró que los eventos en los cuales la absolución se produce por duda, no se subsumen en la segunda parte del artículo 414 del C.P.P. pues, "su tenor literal es claro y el Juez Administrativo no puede aplicar un criterio de interpretación extensiva a hipótesis diferentes de las tres expresamente previstas allí; lo que da tanto como afirmar que estos eventos exigían por parte del juez la valoración de la situación específica, a fin de establecer si existía o no un daño antijurídico y fundamento para imputarle al Estado la obligación de indemnizar".

Por lo tanto, si la absolución no se produjo con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o porque el mismo no era constitutivo de hecho punible, sino porque se aplicó a favor del procesado el beneficio de la duda, era necesario para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, entrar a estudiar la legitimidad de la medida, y concluir que la misma fue injusta, por ejemplo, porque la misma se mantuvo por un término superior al necesario.

(...)"

Y respecto de la Responsabilidad Estatal por 'Privación Injusta de la Libertad' a partir de la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de Justicia (270 de 1996), concluyó la citada Magistrada en el Salvamento de Voto en comentario que "Luego de la expedición de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia es claro que el derecho a la indemnización en los casos de privación injusta de la libertad no surge de la simple verificación de la inexistencia de sentencia penal condenatoria. Es menester en adelante -por expreso mandato legal Estatutario - verificar si se configura el supuesto de ilegalidad grosera fijado por el condicionamiento. Por manera que el derecho a la indemnización debe surgir únicamente cuando se acredite que la medida de aseguramiento fue ilegal, por no cumplir con los requisitos señalados en la ley, o cuando la misma, atendidas las circunstancias del caso concreto se revela irrazonable o innecesaria"¹³.

Al respecto, comparte la Sala plenamente los argumentos en los que se edifica la denominada tesis 'subjetiva' o 'restrictiva' en esta materia y, en especial, los esbozados dentro del salvamento de voto transcrito, como quiera que, bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad sólo puede ser considerada 'objetiva' cuando la decisión absolutoria se hubiese adoptado porque (i) el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió o (iii) el mismo no era punible; de lo contrario, la parte interesada deberá demostrar dentro del proceso contencioso administrativo la falla del servicio judicial, esto es, que en la providencia privativa de la libertad o bien dentro del proceso penal se incurrió en un error judicial o que la misma decisión se dictó o se mantuvo como consecuencia del anormal funcionamiento de la administración de justicia. De igual modo, en vigencia de la Ley 270 de 1996, la responsabilidad estatal en casos como el presente sólo podrá surgir cuando se acredite que la medida de

¹³ Para lo aquí manifestado, tuvo en cuenta la Consignación sobre el salvamento de voto alcanzado que del término 'injusto' contenido en la Ley 270 de 1996 lidera la Corte Constitucional a estudiar la constitucionalidad del art. 118 de dicha norma (C-037-96), en cuanto consideró que ello se refiere a lo manifestado contrario a derecho.

aseguramiento fue ilegal, por no cumplir con los requisitos señalados en la ley, o cuando la misma, atendidas las circunstancias del caso concreto se revela irrazonable o innecesaria.

Ahora bien, al considerarse que el Código de Procedimiento Penal instituido en el Decreto 2700 de 1991 -y con él, los precitados mandatos de su artículo 414- fueron derogados por la Ley 600 de 2000¹⁴, en consonancia con la mentada tesis "subjetiva", no sería errado predicar que a partir de la entrada en vigencia de este estatuto los únicos referentes normativos para estudiar la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, quedaron consagrados en los artículos 90 de la Constitución Política, 65, 68 y subsiguientes de la Ley 270 de 1996. En consecuencia, los hechos cobijados por la Ley 600, a partir de los cuales se pretenda endilgar responsabilidad al Estado por este tópico, serán analizados bajo un criterio eminentemente subjetivo, pues de conformidad con los alcances que la Corte Constitucional estableció para el citado artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, el término "injusto" "... 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..."¹⁵.

Esta postura ha sido recientemente aceptada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:^{16, 17}

"(...)

Las exigencias señaladas en la Constitución para la procedencia de la medida de aseguramiento armonizan con lo dispuesto en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables en el derecho interno, por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución. Son ellas: la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la Declaración universal de los derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención americana sobre derechos humanos.

¹⁴El Artículo 536 de la Ley 600 de 2000 estableció: "Este Código entrara en vigencia un año después de su promulgación." La fecha de promulgación de la norma en comento fue el 24 de julio de 2000, por lo cual su vigencia se dio desde el 24 de julio de 2001.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-033796. N.P.: Vladimir Parraño Mesa.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2010, Rad. No. 18.891. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ A este respecto ver también, providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. No. 18.850. C.P.: Enrique Gil Botero, entre otras.

En desarrollo de esas disposiciones de orden superior, el artículo 338 del Decreto 2700 de 1991 establecía que la detención preventiva era procedente "cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso". En relación con el requisito probatorio exigido en la norma, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

"La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve cuando se revela solo como una entre varias causas probables y podrá darle manguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causal posible del hecho indicado".

Para el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Córdoba dispuso la preclusión de la investigación seguida en contra del señor Pedro Félix Hoyos Vargas (fls. 22-31), aun estaba vigente el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 Código de Procedimiento Penal, que establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta, y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible.

Al margen de cualquier discusión que pueda darse en la Sala sobre el alcance del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, o Código de Procedimiento Penal vigente al momento de los hechos, lo que sí se acepta de manera unánime es que, según dicha norma, quien en un proceso penal hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tenía derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria. Es decir, que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta.

Cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que aquel no fue el autor del ilícito penal que se le imputó y en razón del cual se le impuso como medida de aseguramiento la detención preventiva, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que esa medida le hubieran causado tanto al mismo sindicado, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión se precise realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida impuesta al procesado.

Podía ocurrir en vigencia de la norma que se viene comentando, que la sentencia absolutoria, o la providencia mediante la cual se declarara la preclusión de la investigación se fundamentara en la aplicación del principio in dubio pro reo, por

considerar que las pruebas que obraban en el expediente y que, en principio, justificaron su vinculación al proceso y la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, no daban finalmente certeza de su responsabilidad penal, o no eran suficientes para llamarlo a juicio.

Frente a este tipo de decisiones debe examinarse cuidadosamente la providencia definitiva, para establecer si en verdad la sentencia absolutoria se fundamentó en la aplicación del principio in dubio pro reo, porque luego de una valoración ponderada de todos los medios probatorios que obran en el expediente, quedaba en el juicio del fallador una duda razonable que no era posible resolver, o si en la providencia solo se hizo mención de ese principio, pero de la misma decisión emerge que el juez al valorar las pruebas llegó a la convicción de que el sindicado no cometió el ilícito y todos los argumentos expuestos en el fallo hacen explícita esa conclusión; es decir, que aunque se afirme que la absolución se fundamenta en la existencia de una duda sobre la responsabilidad del sindicado, en realidad, la providencia da cuenta de una decisión favorable al mismo, que se toma con la convicción de que este no cometió el ilícito. En tal caso, resulta también claro que se está en presencia de una de las causales de responsabilidad objetiva del Estado por detención injusta.

Aún más, podía suceder que en la providencia penal definitiva, mediante la cual se declaraba precluida la investigación o se absolvía al sindicado, antes que de la certeza probatoria sobre su inocencia, o de la existencia de dudas razonables sobre su responsabilidad, diera cuenta de la ausencia de al menos un indicio grave que lo comprometiera en el hecho. En tales casos, la privación de la libertad que el mismo hubiera sufrido se revelaba injusta por ilegal, en tanto que para dictar la medida no se había dado cumplimiento a la exigencia prevista en el artículo 338 del entonces vigente Decreto 2700 de 1991.

(...)"

Explicados los criterios manejados por el Consejo de Estado en virtud de la normativa que se ha expedido en la materia, y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron el 25 de junio de 1997, fecha en la que aún se encontraba en vigencia el Decreto 2700 de 1991, Corresponderá a la Sala entrar a estudiar al caso en consecuencia, bajo los lineamientos por este trazados, para efectos de endilgar o no responsabilidad administrativa a las entidades estatales accionadas.

De los hechos probados en el proceso - acervo probatorio

Se tiene que la parte actora allegó con la demanda una serie de documentos en copia auténtica con los cuales pretende se declare la responsabilidad del Estado por la presunta privación injusta del señor César Augusto Gamboa Valencia.

El artículo 168 del C.C.A., establece la aplicación al presente proceso de las normas contenidas en el estatuto procesal civil, esencialmente en lo que refiere a la admisibilidad de los medios de prueba, su forma de práctica o sus criterios de valoración, en cuanto resulten compatibles; con base en lo dicho entonces, se dará pleno valor probatorio a la documentación arrojada por la demandante.

Entonces, como quiera que al señor CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA le fue

decretada medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el día 25 de junio de 1997, esto es, en vigencia del Decreto No. 2700 de 1991, estima la Sala que la presente controversia debe ser analizada a la luz del artículo 90 Constitucional y 414 ibídem, el cual reza:

"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."

Se tiene que a través de Interlocutorio de 1ª Instancia No. 049 del 8 de septiembre de 2003, proferido por el Juzgado Primer Merc. Penal del Circuito de Buenaventura, se decidió lo relativo a la prescripción de la acción penal a favor del señor César Augusto Gamboa Valencia en los siguientes términos:

"(...) PRIMERO: DECRETAR LA CESACION (sic) DE PROCEDIMIENTO A FAVOR de CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, y EDISON MOSQUERA SANCHEZ (sic), de condiciones civiles y personales conocidas e insertas en autos, por haberse operado el fenómeno jurídico de la PRECRIPCION (sic) DE LA ACCION (sic) PENAL en la presente causa, conforme a las razones esbozadas en la parte motiva. (...)"

Sostuvo el Despacho:

"(...) En consecuencia, por favorabilidad se debe aplicar la anterior legislación (Art. 137 del Decreto Ley 100 de 1988), por ende a 24 meses, se le aumentara (sic) una tercera parte, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5º Del Art. 83 de la Ley 599 de 2.000, para un total de 32 meses, inferior al lapso mínimo señalado en el inciso 1º. Ibidem (sic), lo que conlleva que el lapso de prescripción tanto en la etapa instructiva como del juicio sea de CINCO (5) AÑOS.

Así las cosas, al haber transcurrido en el caso sub-litem más de cinco años desde la ejecutoria de la resolución de acusación (2 de septiembre de 1998) a la fecha, se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, por ende de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 39 del C. de P. Penal, en armonía con el Art. 83 del Código Sustantivo Penal, no queda otro camino que el de decretar la cesación de procedimiento a favor de los señores CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA (...)" (fls. 222 - 237)

Frente a ello y sin mayores elucubraciones, se concluye de manera clara que la conducta del señor CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, en lo que respecta a los cargos a él endilgados dentro del proceso penal adelantado en su contra, no se

encuadra en ninguna de las causales consagradas en la norma en comento, considerando que fue exonerado toda vez que cesó el procedimiento a su favor por prescripción de la acción penal, esto es pasados 5 años a partir de la Resolución de Acusación, y por lo tanto improcedente resulta, desde esa vertiente, declarar la responsabilidad estatal en el presente caso.

No obstante la aplicación de la tesis objetiva en el *sub judice*, en consideración a que la medida de aseguramiento fue proferida en vigencia de la Ley 270 de 1996 (aplicación teoría subjetiva) considera la Sala preciso analizar en lo pertinente y de manera cronológica, las actuaciones surtidas en el transcurso del proceso penal que se adelantó en contra del señor César Augusto Gamboa Valencia, entendiéndose etapa de instrucción (actuaciones de la Fiscalía General de la Nación), limitándose, la Corporación, a determinar el grado de participación que presuntamente tuvo el demandante en los hechos materia de investigación, para luego entrar a elaborar las precisiones del caso:

- Resolución Interlocutoria No. 045 del 25 de junio de 1997 proferida por el Fiscal 95 seccional, por medio de la cual se resuelve la situación jurídica del señor Gamboa Valencia en los siguientes términos:

"(...) PRIMERO: DECRETAR la medida de aseguramiento de DETENCION (sic) PREVENTIVA, en contra de (...), CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, (...) como presuntos autores culpables d'elos delitos de PECULADO POR APROPIACION (sic), FALSEDAD MATERIAL DE SERVIDOR PUBLICO (sic) EN DOCUMENTO PUBLICO (sic) y FALSEDAD IDEOLOGICA (sic) EN DOCUMENTO PUBLICO (sic), consagrados en los arts. 133, 218 y 219 del C. Penal, los cuales fueron cometidos en perjuicio del haber patrimonial del municipio de Buenaventura (...)

SEGUNDO: DECLARAR que los sindicatos relacionados en el punto anterior no tienen derecho al beneficio de la Libertad provisional."

Consideró el órgano investigador:

"(...) EVALUACION (sic) PROBATORIA RELACIONADA CON LA TIPICIDAD Y PRESUNTA CULPABILIDAD:

Las Actas de Visita Especial y diligencias de Inspección Judicial practicadas tanto por la Procuraduría Provincial de Buenaventura, como por parte de la Fiscalía a las diferentes dependencias de la Alcaldía Municipal determinaron claramente que para la designación del personal supernumerario que figura devengando sueldo de ese municipio no se realizó acto administrativo alguno, sin que se pueda admitir bajo ningún pretexto las explicaciones que al respecto han ofrecido los funcionarios encargados de hacer las vinculaciones laborales o de controlar que éstas se hagan con el lleno de los requisitos legales, como son, el Jefe de Recursos Humanos, Cesar (sic) Augusto Gamboa (...)

c. - Del mismo modo se ignoraron los mecanismos de control que la administración anterior ejercía en relación con los servicios que prestaba el personal

supernumerario, hecho evidenciado en la diligencia de inspección judicial practicada el 22 de enero último a la Oficina de Registro y Control de la Alcaldía de Buenaventura (fs. 477)

d.- Los servidores públicos, como los aquí investigados, tienen pleno conocimiento de que toda persona, para poder desempeñar un cargo público debe reunir ciertos requisitos constitucionales y legales; haber sido previamente designada mediante el correspondiente acto administrativo y tomar la debida posesión. A pesar de que por experiencia propia los encartados saben que debe cumplirse con este proceso, no lo atendieron.

En tales condiciones, vuelve y reitera el Despacho, no pueden aceptarse en manera alguna la (sic) pueriles excusas que los procesados dan en sus diferentes diligencias de indagatoria en relación con los motivos por los cuales no aparecen los soportes de las nóminas del personal supernumerario al cual se le pagó sueldo en el tracto temporal comprendido entre abril y noviembre de 1995.

Así las cosas, y teniendo en cuenta, además, que dentro de la investigación no fue posible allegar documento alguno tendiente a demostrar que las personas relacionadas en aquellas planillas de "nómina de supernumerarios" en efecto, sí laboraron para el municipio, porque por ninguna parte aparecen las relaciones que según dice Omar Torres le enviaba Cesar (sic) Augusto Gamboa, Jefe de Recursos Humanos, (...)

(...)

Todo lo referenciado conduce a concluir sin vacilación alguna que al interior de todas las dependencias de la Alcaldía Municipal de Buenaventura a cargo de los aquí indagados existía la anarquía, la desorganización, la falta de vigilancia y control propias de quienes actúan irresponsablemente y en pro de consentir y/o realizar actos ilícitos en perjuicio de la administración pública y por ende, alejados de las disposiciones legales a las que están obligados a cumplir y de la ética propias de la función pública. (...)

Las exculpaciones ofrecidas por los implicados se caen de su peso, son infantiles, aparentan desconocimiento de sus funciones; se hacen cargos mutuos sin fundamentos válidos que demuestren que sus atestaciones son ciertas; incurren en notables contradicciones y en la (sic) mentiras.

Para confirmar lo anteriormente planteado, y sin necesidad de abundar en detalles, basta hacer referencia a los siguientes aspectos:

(...)

h. - No pueden aceptarse las explicaciones del Jefe de Recursos Humanos respecto a los motivos por los cuales no cumplió a cabalidad con el manual de funciones, precisamente, porque él era el único que podía realizar el reclutamiento de personal, en proceso de selección que ejecutara con los demás jefes de dependencia de la administración; era el que debía elaborar los proyectos de decreto y/o resolución de nombramiento de los empleados y las correspondientes

actas de posesión, llevar el archivo de todos estos actos administrativos, etc., y no lo hizo, amparándose en la infantil excusa de no haber podido continuar ejerciendo sus funciones en debida forma porque Omar Torres Murillo, el Jefe de Registro y Control, se las usurpó. Si realmente se sentía responsable de sus deberes y estaba comprometido a obrar con lealtad y pulcritud dentro de la dependencia a su cargo, habría hecho oposición a la arbitraria actitud asumida por su compañero de labores y habría acudido ante la procuraduría (sic), Contraloría o Personería a pedir que se iniciara la pertinente investigación y a que le dejaran de realizar sus funciones en debida forma.

(...)

j. - Además de las irregularidades comentadas en los literales h y (sic) i, el doctor Cesar (sic) Gamboa Valencia permitió que apareciera personal supernumerario, sin estar debidamente vinculado a la administración municipal, en las nóminas de abril a noviembre de 1995, aduciendo únicamente que puede " dar fe de que esas personas estaban laborando y en su gran mayoría estaban prestando sus servicios en el edificio y otras que prestaban sus servicios en las Secretarías de Obras Públicas ...", porque "afortunadamente" es de los funcionarios que se da a la tarea de "visitar" las dependencias de la Alcaldía. Más, sucede que, tal como ha quedado demostrado, hay una lista de 14 personas que figuran en dichas planillas, que ni siquiera conocen los demás funcionarios y empleados, y otras 3 han declarado que, a pesar de aparecer relacionados en las nóminas y de haberseles expedido cheques a su nombre, nunca han laborado para el municipio. Luego, entonces, cómo es que el Dr. Gamboa Valencia se atreve a "dar fe" de hechos mentirosos? . Su comportamiento, pues, lo compromete ampliamente. (...)" (fls. 26 - 46)

- Resolución Interlocutoria No. 074 del 25 de septiembre de 1997 proferida por la Fiscal 95 seccional, que resuelve sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al señor Gamboa Valencia lo siguiente:

"(...) PRIMERO: NO REVOCAR la Resolución interlocutoria No. 045. Datada el 25 de junio último, por medio de la cual se impuso la detención preventiva al sindicado CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, (...)"

Lo anterior con base, entre otros, los siguientes argumentos:

"(...) Así las cosas, ha de decirse que Gamboa Valencia debe estimarse coautor de los punibles investigados, en virtud a su aporte significativo para la realización de los mismos, consistente éste en dejar de cumplir con el deber que se asistía de vincular en debida forma al personal que se reclutaba para realizar trabajos temporales, a los cuales se les denominó "supernumerios" (sic); pues era él, como Jefe de Recursos Humanos, quien debía, según el manual de funciones glosado a folios 10 y siguientes del Cuaderno Anexo No. 10, el que debía "planear, coordinar, ejecutar y controlar las actividades relacionadas con el reclutamiento y selección de personal que vaya a ingresar a la Administración municipal, coordinar y ejecutar los proyectos de decretos y/o resoluciones para el nombramiento de empleados y las respectivas actas de posesión; ... orientar a los nuevos empleados que se vinculen a la Administración municipal de las funciones que deben desarrollar... coordinar la comunicación oportuna de las novedades de personal a las dependencias externas

y la actualización del registro de las mismas y exigir a quienes se vinculen a la Administración municipal el lleno de los requisitos establecidos en las normas legales y el cumplimiento del manual de funciones,..." entre otras funciones.

Si en realidad, su ánimo estuviese acompañado del deseo de cumplir con los deberes que el cargo le imponía, su actitud en el presente caso hubiese sido bien diferente, máxime cuando también le correspondía "velar por la correcta aplicación del régimen disciplinario", según el literal "j" del manual de funciones. Pero, esa inactividad total es la que lo compromete seriamente, porque con ello estaba contribuyendo a que se elaboraran las nóminas de "supernumerarios" sin soporte alguno y a que se generara el "desorden" del cual él mismo habla, en relación a las mismas, con lo cual se perjudicó, lógicamente, el municipio de Buenaventura. Esta actitud pasiva con la cual contribuyó Gamboa Valencia no la ejerció por poco tiempo; al contrario, fue durante 8 meses, que no es la que adopta una persona que nada tiene que ver con irregularidades observadas en el desempeño de las labores de otros funcionarios a quienes, incluso, está obligado a investigar. (...)" (fls. 47 - 58)

- Resolución Interlocutoria No. 7 - 013 del 5 de febrero de 1998, proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, por medio de la que se resolvió recurso de apelación interpuesto contra la anterior providencia y en la que se decidió:

"(...) PRIMERO: SUSTITUIR la MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCION (sic) PREVENTIVA que se dictó en contra (sic) CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, por la de CONMINACION (sic), según lo dispuesto en la parte final de las anteriores consideraciones. Esta determinación por cuanto la conducta por la que debe responder el doctor GAMBOA VALENCIA es la de PECULADO CULPOSO y no las de PECULADO POR APROPIACION (sic), FALSEDAD IDEOLOGICA (sic) EN DOCUMENTO PUBLICO (sic) y FALSEDAD MATERIAL DE EMPLEADO OFICIAL EN DOCUMENTO PUBLICO (sic).

SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR DISPONESE (sic) LA LIBERTAD INMEDIATA DEL Dr. GAMBOA VALENCIA."

Ello con base en lo siguiente:

"(...)"

En otra exégesis, el aspecto subjetivo de la coautoría en relación con el procesado antes mencionado, no se estableció por ningún medio probatorio, ya que ni siquiera a través de prueba indicaría, podía llegarse a la conclusión que GAMBOA VALENCIA participó, así fuera pasivamente, con conocimiento y voluntad, en la comisión de los ilícitos. Manifiestar entonces, que el citado hizo parte de la empresa criminal por no haber ejercido sus deberes en debida forma, no viene a consituir más que una apreciación subjetiva de la distinguida funcionaria instructora, porque repetimos las pruebas hasta el momento practicas (sic), no permiten arribar a dicha conclusión. (...)

Queda claro, de acuerdo con las disquisiciones anteriores y con las citas doctrinales traídas, que si no existe prueba de la comunidad de ánimo, del convenio previo que debe existir entre quienes conforman una empresa criminal, no se puede hablar de coautoría, y, repetimos, en el asunto objeto de examen la prueba indicativa de que GAMBOA VALENCIA conocía previamente el plan y aceptó su participación en el, no existe, o no se ha aportado aún a la foliatura. Ni siquiera se le puede endilgar que participó en la elaboración de las nóminas o que en las listas de empleados transitorios o permanentes de la alcaldía que pasó a control y registro, incluyó los nombres de las personas, que sin haber laborado para la entidad, reclamaron y cobraron cheques.

No obstante lo anterior y concluyendo que no puede atribuírsele al procesado cuya situación se examina, comportamientos delictivos a título de dolo, consideramos que su conducta omisiva, que su negligencia y el no haber cumplido cabalmente con las funciones de control de personal que le fueron asignadas como jefe de recursos humanos, lo hizo incurso en un comportamiento culposo, pues con su falta al deber de cuidado contribuyó indirectamente al desfaldo que sufrieron las arcas del municipio de Buenaventura. (...)

Con fundamento en lo anterior, la conducta que de acuerdo al material probatorio recogido hasta ahora, se le puede atribuir a GAMBOA VALENCIA es la de peculado culposo, y por ello se modificará la medida de aseguramiento de detención preventiva que se dictó en contra del procesado, por la que corresponde para el ilícito enunciado, que es la de conminación, por lo cual el mencionado deberá firmar a diligencia a la que se hace referencia en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal (...)" (fls. 59 - 77)

- Resolución Interlocutoria No. 015 del 13 de febrero de 1998, proferida por el Fiscal 95 seccional, que calificó el mérito del sumario y por medio de la cual se resolvió:

"(...) SEGUNDO: PROFERIR RESOLUCION (sic) DE ACUSACION (sic) en contra de CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA (...) como presunto COAUTOR, el primero, (...) de los delitos de FALSEDAD IDEOLOGICA (sic) EN DOCUMENTO PUBLICO (sic) (...) en concurso con el de PECULADO POR APROPIACION (sic) (...)

TERCERO: Como quiera que, de acuerdo con la calificación jurídica provisional que se hace dentro de este proveído, la medida de aseguramiento sigue siendo la de DETENCION (sic) PREVENTIVA para los antes mencionados (...)

CUARTO: En consonancia con lo dispuesto en el punto anterior, se REVOCA la Libertad Provisional ordenada a favor de CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA mediante el Interlocutorio 095 del 29 de diciembre de 1997, a fin de dar cumplimiento a lo estatuido (sic) en el numeral 4º del art. 415 del C. de P. Penal. En consecuencia, se dispone, así mismo, librar las órdenes de captura ante las autoridades pertinentes. (...)"

Argumentó el órgano investigador:

"(...)

- a. - CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA. Este, como Jefe de Recursos Humanos, tenía el manejo del personal dentro de la Alcaldía Municipal de Buenaventura (...)

De tal suerte, pues, que si Gamboa Valencia, como el encargado de manejo de personal no cumple con las funciones señaladas en el respectivo manual, sencillamente da lugar a que se ejecuten por parte de los demás funcionarios que tienen todo el manejo de las nóminas, acciones reprochables encaminadas a defraudar el tesoro público, en la forma como realizó en los hechos que ahora son materia de estudio.

(...) el Despacho encuentra que Gamboa Valencia tenía la delicada misión de llevar un control, y hacer que los demás funcionarios también lo hicieran, respecto a los montos que debían cancelar a determinados empleados por haber laborado para el municipio de Buenaventura.

(...)

Ahora bien, las cosas así planteadas, dan lugar a que se concluya, entonces, que si bien es cierto, existía una relación significativa entre los recursos presupuestados para el pago de sueldos y el procesado Gamboa, lo cual lo deja incurso como sujeto activo del Peculado, la omisión de su deber de cuidado, que arrojó como resultado el desmedro al patrimonio económico del municipio, lo ubicaría, mas bien, en un Peculado Culposos.

(...)

En razón a lo puntualizado, el Despacho, apartándose muy respetuosamente del concepto emitido por la señora Agente del Ministerio Público y de los planteamientos esbozados por su distinguido defensor, concluye que sí existe indicio grave de responsabilidad en contra de CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, en relación con los delitos de Falsedad Ideológica en Documento Público y Peculado por Apropiación, por los cuales se procede. (...)" (fls. 80 - 145)

- Resolución Interlocutoria No. 7 - 110 del 16 de julio de 1998, por medio de la cual se resolvió recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo de la siguiente manera:

"(...)

SEGUNDO: CONFIRMAR la RESOLUCION (sic) DE ACUSACION (sic) que por el delito de PECULADO se profirió en primera instancia contra CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA y EDINSON MOSQUERA SANCHEZ (sic), con la MODIFICACION (sic) y ACLARACION (sic) de que dicho cargo procede no en la modalidad de APROPIACION (sic) sino por el de PECULADO CULPOSO.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se dispone que contra GAMBOA VALENCIA continúe vigente la medida de aseguramiento de CONMINACION (sic)

que esta misma Delegada le había impuesto en providencia del 5 de febrero del corriente año (...)"

Consideró el Despacho:

"(...)"

Las circunstancias antes relacionadas, reiteramos, sirvieron de fundamento a la resolución de acusación que la Fiscal de primera instancia dictó contra CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, por los delitos de Falsedad Material e Ideológica en Documento Público y Peculado por apropiación. Nótese entonces que dentro de ella no se encuentra ninguna prueba directa que señale a GAMBOA VALENCIA como autor o partícipe de dichas ilicitudes, pues ni siquiera los que aquí han aceptado tales cargos como LUIS CARLOS ALOMÍA y OMAR TORRES MURILLO, han manifestado expresamente que el antes citado hubiese participado consciente y voluntariamente en la comisión de la actividad delictiva en la que indudablemente participaron varias personas, con división de tareas.

(...)

Concluyendo entonces, que no existe prueba directa que comprometa la responsabilidad de GAMBOA VALENCIA en los delitos dolosos que se le imputan, y que la que se manejó en el calificadorio, por la Fiscalía instructora, es de carácter indiciario, (...)

En pocas palabras no existe la más mínima prueba que demuestre que CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA ordenara la inclusión o exclusión de supernumerarios de manera caprichosa y por iniciativa propia. Como tampoco se estableció dentro de la dispendiosa instrucción, que el mencionado hubiese ordenado la inclusión en nómina de personal supernumerario ficticio. Entonces, si bien se probó, como bien lo dice la funcionaria de primera instancia, que GAMBOA VALENCIA tenía incidencia indirecta en la elaboración de la nómina, al reportar las novedades de supernumerarios, como una de sus funciones, no se demostró que él hubiera determinado la inclusión de personas que no trabajasen o no hubiese prestado algún servicio al municipio.

(...)

CESAR (sic) AUGUSTO GAMBOA VALENCIA al hacer parte de la Administración y tener una labor de control y vigilancia, con su desidia indudablemente contribuyó al desorden administrativo y por ende a que tal situación se aprovechara por los autores de las infracciones dolosas para cumplir con su propósito. El hecho de que no fuese el ordenador del gasto o que no tuviese la relación jurídica o material de los dineros, no lo exime de responsabilidad en relación con el peculado culposo. Resulta claro para la Delegada que si él hubiese cumplido con sus funciones, proyectando los decretos o resoluciones que debía firmar el alcalde para designar el personal supernumerario, muy seguramente se hubiese evitado la actividad delictiva de los empleados o funcionarios que diseñaron la estrategia para obtener fraudulentamente dineros del municipio, o por lo menos se hubiese permitido que los comportamientos ilícitos fuesen descubiertos más rápidamente.

Es posible que GAMBOA VALENCIA, como otros funcionarios, en relación con el asunto que se investiga, que es la inclusión en nómina y el pago de salarios a personas que no trabajaron para el ente municipal, hubiese sido asaltado en su buena fe, pero si hubiese sido más acucioso en su labor, habría podido descubrir antes la situación que finalmente comunicó o conversó con el burgomaestre de entonces, el mes de octubre de 1995, cuando ya un escrito anónimo los había puesto en antecedentes de las graves irregularidades que se estaban cometiendo con las pluricitadas nóminas.

Las decisiones que se deben tomar, entonces contra GAMBOA VALENCIA son la de precluirle la instrucción únicamente en relación con los delitos contra la fe pública que se le atribuyeron y confirmar la resolución de acusación por el peculado, con la aclaración o modificación de que el mismo no es por apropiación, sino culposo, es decir debe responder en la etapa de la causa, por la infracción definida en el artículo 137 del Código Penal. (...)" (fls. 146 - 221)

Análisis del Caso

En los términos de la Constitución Política e igualmente del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Decreto.2699 de 1.991), vigentes para la época de los hechos, le corresponde a dicha autoridad realizar las investigaciones pertinentes en orden a establecer la verdad sobre los hechos, si con las conductas investigadas se ha infringido o no la ley penal, quiénes son los autores o partícipes, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, etc., dictar las medidas de aseguramiento pertinentes cuando de las pruebas recaudadas se deduzca al menos un indicio grave de responsabilidad al imputado y emitir la respectiva decisión.

La Fiscalía 95 al decretar la Medida de Aseguramiento, consideró como indicios graves frente a los cuales estableció la comisión de los punibles de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público, las siguientes conductas: i) el comportamiento negligente y omisivo del procesado, que fue determinado como una participación consciente y voluntaria en el ilícito y con dicha actitud contribuyó de manera culposa a la comisión del delito, ii) el hecho de haber enviado una lista para la exclusión de nómina un número determinado de personas, algunas de las cuales se solicitó se volvieran a incluir y iii) el no haber denunciado ante los órganos competentes (Procuraduría y Contraloría) oportunamente, una vez conoció de las irregularidades en comento.

Ahora bien, no obstante en segunda instancia el Fiscal consideró que debía demostrarse el convenio, el acuerdo previo, el concurso de voluntades al que llegó el señor Gamboa Valencia y los demás funcionarios para que se configurara la Coautoría e imputarle los delitos puntualizados por el Fiscal 95, tal situación a criterio de la Sala, no logra ser indicativa de una falla en el servicio, pues, como bien se relacionó, tres circunstancias de peso fueron las que valoró el investigador en consonancia con los principios de legalidad, autonomía y sana crítica, que revisten la función jurisdiccional que cumple este órgano para determinar que tales constituían indicios graves, dando

lugar, analizado el tipo penal, a la detención preventiva; lo anterior, sumado a que en ambas instancias, se reconoce que la incidencia indirecta del procesado al incumplir con el manual de funciones, contribuyó a la comisión de los hechos.

En este orden de ideas, si bien precluyó la instrucción en lo relativo a los delitos contra la fe pública y varió la calificación en el peculado de doloso a culposo, variación que para efectos procesales – dado el término de la pena – no ameritaba la medida de detención preventiva, sino la de conminación, no se traduce en que se exoneró de responsabilidad al investigado o que la valoración primigenia no se haya ajustado a los principios preliminarmente aludidos, sino que deriva en la continuación de la investigación por otro tipo penal.

Por otra parte, dentro del plenario se acreditó que el señor Gamboa Valencia estuvo privado de la libertad desde el 25 de junio de 1997 y hasta el 5 de febrero de 1998, atendiendo a la Resolución que decretó la medida de aseguramiento y la que revocó ordenando la libertad inmediata; frente a ello, si bien posteriormente se ordena continuar con la medida de detención preventiva, lo cierto es que no se aportó al plenario las correspondientes boletas de encarcelación y excarcelación que dieran lugar a entrar a evaluar una privación injusta bajo estos términos, atendiendo a que en segunda instancia varió la medida a la de Conminación como quedó sentado.

En síntesis, la decisión privativa de la libertad no fue injusta en la medida que la FISCALÍA valoró las pruebas con las que contaba para proferir la medida de aseguramiento por las razones ya explicadas, tampoco se encuentran acreditadas las condiciones para la configuración de responsabilidad en cabeza de la parte demandada por el daño que se pudo irrogar a los actores con sustento en lo establecido en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, toda vez que la medida de de la cual fue sujeto el señor Gamboa Valencia fue proporcional en atención a la valoración efectuada por el órgano acusador en primera instancia como ya se vio.

En efecto, para el momento en que la decisión privativa de la libertad fue tomada, se elaboró un serio y juicioso análisis probatorio como bien quedó relacionado previamente, por lo que los actos no fueron ilegales ni errados, al desarrollarse los mismos conforme la normatividad constitucional y legal del caso.

De conformidad con lo anterior, y no encontrándose falla alguna en la prestación del servicio jurisdiccional en el caso concreto ni que la privación de la libertad del directo lesionado pueda catalogarse como 'injusta', aún de asumirse el estudio del presente caso bajo la tesis 'subjetiva' a la cual se hizo alusión con anterioridad, la decisión no podría ser otra que la de denegar las pretensiones de la demanda.

En razón y merito de lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

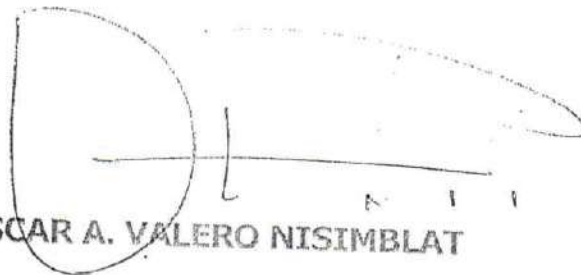
RESUELVE

NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

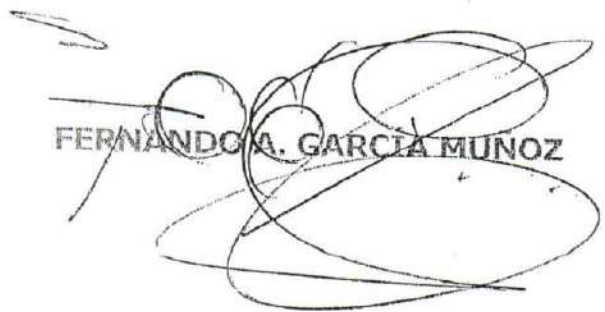
Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Providencia discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


ÓSCAR A. VALERO NISIMBLAT


ADRIANA BERNAL VÉLEZ


FERNANDO A. GARCÍA MUÑOZ

RECEIBIDO
DEL SECRETARÍO DEL TRIBUNAL

15 JUL 2011

4:20pm

SECRETARIA

NOTIFICACION:

En la fecha notifícase la providencia que antecede al señor Procurador Judicial No. 20

Call. No. 1-2011



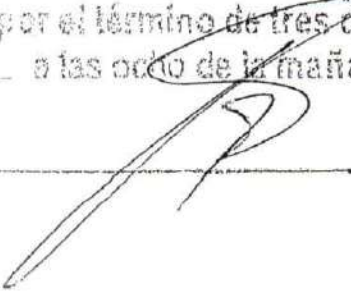
CERTIFICADO de haberse notificado a las partes la anterior sentencia, se fué EDICTO en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a las ocho de la mañana hábiles, hoy, _____

El Secretario, _____

No corre

CERTIFICADO: Para notificar a las partes la anterior sentencia,
se fijó EDICTO en lugar público de la secretaria del Tribunal
de lo Contencioso Administrativo por el término de tres días
hábiles, hoy, 09 DIC 2011 a las ocho de la mañana

El Secretario, _____



Santiago de Cali, enero de 2012

Doctor

OSCAR VALERO NISIMBLAT

MAGISTRADO TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL VALLE DEL CAUCA

E.S.D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

ACTORES: JOSE KENNY GAMBOA VALENCIA Y OTRO.

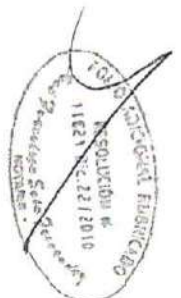
ACCIONADOS: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

RADICACIÓN: 76-001-23-31-000-2005-03871-00.

HAROLD MOSQUERA RIVAS, mayor y vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio con T.P. 60.181 del C.S.J. actuando como apoderado de los actores, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con el poder que adjunto, con todo respeto me dirijo a usted para interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que desestimó las pretensiones de la demanda, recurso que se sustenta en los siguientes términos.

- SINTESIS DE LOS HECHOS.

1. El señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue nombrado para desempeñar el cargo de JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS de la administración Municipal de Buenaventura, siendo alcalde el señor JOSE FELIX OCORÓ.
2. En el año 1997 estando en ejercicio del cargo de JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS DEL Municipio de Buenaventura, el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue vinculado por la Fiscalía Seccional a una *investigación penal por los presuntos delitos de PECULADO, PREVARICATO, Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO.*
3. El día 27 de junio de 1997 el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue privado de la libertad en cumplimiento de una medida de aseguramiento consistente en DETENCIÓN SIN BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN proferida por la Fiscalía Noventa y Cinco Seccional de Cali, dentro de la investigación iniciada en su contra por los presuntos delitos de PECULADO, PREVARICATO, Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO.
4. Esta medida de aseguramiento se tradujo en la privación de la libertad del señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA desde el día El 27 de junio de 1997 hasta el día 2 de enero de 1.998, período en el cual estuvo recluso en la cárcel de Villa Hermosa en la ciudad de Cali.
5. La decisión de la Fiscalía noventa y cinco Seccional de Cali, de privar de la libertad bajo medida de aseguramiento al señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA por los DOCUMENTO PÚBLICO fue revocada por Resolución 7-013 del 5 de febrero de 1998, proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada Ante el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que impuso la medida de aseguramiento de detención.



6. Esta resolución 7-013 de 1998 señala que el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA como JEFE DE LA UNIDAD DE RECURSOS HUMANOS DEL MUNICIPIO DE BUENAVENTURA no cometió los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN, PREVARICATO y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO, considera que solo debe investigarse si incurrió en alguna falta de cuidado en ejercicio de sus funciones que hubiera podido conducir a la pérdida de recursos del Municipio, lo que se investigaría como un presunto peculado culposo, delito menor en el que no media DOLO o intención del responsable y que por la pena establecida para la época de los hechos conducía a imponer una medida de CONMINACIÓN, como lo hiciera la Fiscalía delegada ante el Tribunal, ordenando la libertad inmediata del investigado, la que se materializó el día 2 de enero de 1.998.

7. Finalmente el proceso concluyó el día 8 de septiembre de 2003 cuando el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura decretó la CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO contra el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA por haber operado el fenómeno de la PRESCRIPCIÓN de la acción penal.

8. Con esta decisión concluyó el proceso penal, afectado por el fenómeno de la prescripción, pero no cabe duda de que el señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA y toda su familia sufrieron perjuicios materiales y morales derivados de los errores cometidos por la Fiscalía y que se demostrarán más adelante.

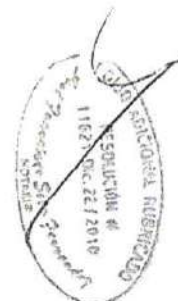
- MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON EL FALLO RECURRIDO.

En la sentencia recurrida se desestiman las pretensiones de la demanda por considerar el tribunal lo siguiente:

“La Fiscalía 95 al decretar la medida de aseguramiento, consideró como indicios graves frente a los cuales estableció la comisión de los punibles de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público, las siguientes conductas: i) el comportamiento negligente y omisivo del procesado, que fue determinado como una participación consciente y voluntaria en el ilícito y con dicha actitud contribuyó de manera culposa a la comisión del delito, ii) el hecho de haber enviado una lista para la exclusión de nómina un número determinado de personas, algunas de las cuales se solicitó se volvieran a incluir y iii) el no haber denunciado ante los órganos competentes (Procuraduría y Contraloría) oportunamente, una vez conocidas las irregularidades en comento.

Ahora bien, no obstante en segunda instancia el Fiscal consideró que debía demostrarse el convenio, el acuerdo previo, el concurso de voluntades al que llegó el señor Gamboa Valencia y los demás funcionarios para que se configurara la coautoría e imputarle los delitos puntualizados por la Fiscalía 95, tal situación a criterio de la Sala, no logra ser indicativa de una falla en el servicio, pues como bien se relacionó, tres circunstancias de peso fueron las que valoró el investigados en consonancia con los principios de legalidad, autonomía y sana crítica, que revisten la función jurisdiccional que cumple este órgano para determinar que tales constituían indicios graves, dando lugar, analizado el tipo penal, a la detención preventiva; lo anterior sumado a que en ambas instancias, se reconoce que la incidencia indirecta del procesado al incumplir con el manual de funciones, contribuyó a la comisión de los hechos.

En este orden de ideas, si bien precluyó la instrucción en lo relativo a los delitos contra la fe pública y varió la calificación en el peculado de doloso a culposo, variación que para efectos procesales – dado el término de la pena - no ameritaba la medida de detención



preventiva, sino la de conminación, no se traduce en que se exoneró de responsabilidad al investigado o que la valoración primigenia no se haya ajustado a los principios preliminarmente aludidos, sino que deriva en la continuación de la investigación por otro tipo penal".

Con estos argumentos la Sala en primera instancia consideró que la privación de la libertad del actor no fue injusta y por ello desestimó las pretensiones de la demanda inicial.

La sentencia recurrida en su análisis del caso aporta los argumentos que demuestran la ocurrencia de la falla en el servicio por el proceder de la Fiscalía 95 Seccional de Cali, por las razones que a continuación se exponen.

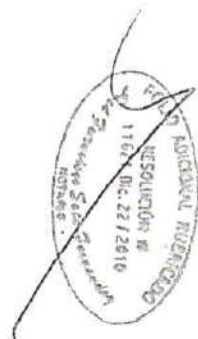
- A. El señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA fue privado de la libertad a través de una medida de aseguramiento consistente en DETENCIÓN SIN BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN por los delitos de *peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público, delitos* que de haberse cometido justificaban la medida de aseguramiento en razón de la pena que en ese momento estaba vigente para esas conductas.

Al proferir esta medida de aseguramiento la Fiscal 95 incurre en una FALLA EN EL SERVICIO, una vía de hecho, por cuanto no había en el expediente elementos de prueba que condujeran a considerar que el actor había cometido esos delitos, que fue lo que motivó la imposición de la medida de aseguramiento.

- B. Al analizar el mismo expediente con el cual se impuso la medida de aseguramiento de detención, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali, en Resolución 7-013 del 5 de febrero de 1998, REVOCA la medida de aseguramiento y ordena la libertad inmediata del señor GAMBOA VALENCIA al encontrar que no cometió los delitos de *peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público*, que fueron los que motivaron su detención, dejando solo una medida de conminación por considerar que debía investigarse el presunto punible de peculado culposo, por el cual no podía imponerse medida de aseguramiento al investigado en razón de la baja pena que tenía al ser comparado con los delitos de los cuales injustamente se hizo cargos al señor GAMBOA VALENCIA.

- C. Así las cosas, para el 5 de febrero de 1998, ya la Fiscalía 95 seccional de Cali había incurrido en una FALLA EN EL SERVICIO, en un VIA DE HECHO y había privado injustamente de la libertad al señor GAMBOA VALENCIA, independientemente de lo que pasara con la investigación que por un presunto peculado culposo se ordenó continuar en su contra, pero que jamás alcanzaría para justificar en adelante a privación de la libertad del señor GAMBOA VALENCIA.

- D. Se suma a lo anterior que, a pesar de estar en firme la decisión de la Fiscalía Delegada Ante el Tribunal de Cali, que ordenaba continuar la investigación tan solo por el presunto delito de PECULADO CULPOSO, nuevamente el 27 de febrero de 1.998 le dicta MEDIDA DE ASEGURAMIENTO consistente en DETENCIÓN SIN BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN, decisión que si bien no se hizo efectiva con la privación de la libertad del procesado, evidencia la MALA FE y en ensañamiento en el proceder de la Fiscalía contra el actor, por lo cual se confirma que la valoración que condujo a la detención del señor GAMBOA VALENCIA no fue objetiva e imparcial, pues ni siquiera con la decisión de su superior el despacho admitió su



yerro sino que por el contrario lo repitió afectando con ello el patrimonio moral y material del actor y su familia.

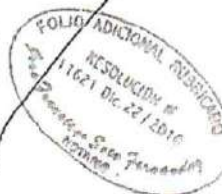
- E. Si bien es cierto el proceso penal fue precluido por prescripción, lo que se precluyó fue la investigación por el presunto delito de peculado culposo, por tanto, no puede colegirse como lo hiciera la Sala en el fallo de primera instancia, que la medida de aseguramiento impuesta al actor por los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público** no fue injusta, claro que fue injusto porque se profirió haciendo cargos por unos delitos que nunca ocurrieron, que nunca se cometieron y así se declaró en providencia ejecutoriada del día 5 de febrero de 1.998. Después de la cual la Fiscalía seccional de manera tendenciosa volvió a proferir medida de aseguramiento de detención contra el actor.
- F. El artículo 90 de la C.N. establece que hay responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de todas las autoridades públicas.

En el presente caso, la Fiscalía 95 Seccional de Cali, al privar de la libertad al señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA por los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público**, estando demostrado que el investigado no cometió esos delitos, por lo que fue revocada la medida y ordenada la libertad inmediata del actor, incurrió en una falla en el servicio, pues causó al actor y su familia un daño antijurídico, material y moral, en especial en consideración al cargo que desempeñaba el actor al momento de su detención. Daño antijurídico que se amplió cuando el despacho de manera caprichosa repite su yerro, ordenando nuevamente la detención del actor, a pesar de existir decisión en firme del superior sobre la misma.

En desarrollo del artículo 90 de la C.N. el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) vigente para la época de los hechos que motivan este proceso, establecía que quien fuera privado de la libertad y no fuera finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios que la medida le hubiere causado, en los siguientes casos:

- i) Cuando la decisión hubiere sido injusta.
- ii) Cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible.

En el presente caso está demostrado que la decisión fue INJUSTA, por ello el superior la REVOCÓ ordenando que no continuara la investigación por los delitos que motivaron la detención, por tanto hubo decisión absolutoria en firme respecto a los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público**, que fueron los que sustentaron la injusta privación de la libertad. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali declaró que esos delitos no fueron cometidos por el actor, que no existieron y por tanto estamos ante las dos causales establecidas en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 para que haya lugar a la responsabilidad del estado y la reparación patrimonial del actor y su familia que aquí se demanda.



Si bien se ordenó continuar la investigación por PECULADO CULPOSO y esta luego cesó por la prescripción de la acción, debe enfatizarse que no fue por ese delito que la Fiscal 95 privó de la libertad al actor, pues como ya se dijo, ese delito, en razón del monto de la pena solo daba para una conminación, que ni lo hubiera separado del cargo ni le hubiera privado de la libertad. Por tanto se reitera que hay lugar a la reparación de los perjuicios materiales y morales causado al actor y su familia en el presente caso por aplicación de los artículos 90 de la C.N. y 414 del decreto 2700 de 1991.

Si el proceso penal hubiese continuado se habría proferido una sentencia, absolutoria o condenatoria con relación al presunto delito de PECULADO CULPOSO, pero jamás se habría dictado sentencia condenatoria contra el actor por los delitos de *peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público*, pues como se ha señalado tantas veces, desde el mes de febrero de 1998 se declaró que esos delitos no se había cometido por el señor CESAR AGUSTO GAMBOA VALENCIA.

- **SOBRE EL DAÑO PATRIMONIAL Y MORAL A LA FAMILIA.**

Si bien este aspecto no fue objeto de análisis y valoración en la sentencia recurrida, es importante destacar que se ha probado en el presente proceso con los registros civiles de matrimonio y nacimiento, las relaciones de cada uno de los actores, MADRE, HERMANOS E HIJOS del señor CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, núcleo familiar que se ve afectado por la privación injusta de la libertad de su cabeza visible, quien desempeñaba el cargo de JEFE DE RECURSOS HUMANOS del Municipio de Buenaventura y con los salarios y prestaciones sociales que devengaba proveía la congrua subsistencia de los suyos, pero con la detención injusta, cesaron esos ingresos, además de lo cual el actor debió asumir los costos de pagar abogados para su defensa penal y en razón de haberse ordenado su detención en la cárcel de Cali, la familia debía desplazarse de manera permanente de Buenaventura a Cali para expresarle su solidaridad y apoyarlo en los difíciles momentos que cualquier ser humano vive cuando se encuentra en prisión.

Todo esto sumado a las declaraciones recibidas dentro del proceso, evidencian la afectación moral y material causadas al actor y su familia con su privación injusta de la libertad y justifican la estimación de las pretensiones de la demanda inicial.

- **PRECEDENTES.**

En sentencia del 13168 DE 2006 CON PONENCIA DEL MAGISTRADO MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, LA SECCION TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO SEÑALÓ:

"No escapa a la Sala que unos son los requisitos que el orden jurídico establece que deben constatar para que la autoridad competente pueda disponer, ajustándose a Derecho, la privación de la libertad de las personas, y otras diversas son las exigencias cuya concurrencia se precisa para que resulte jurídicamente procedente condenarlas mediante sentencia penal. De hecho, puede ocurrir que en un caso concreto hayan estado dados los requisitos para proferir una medida de aseguramiento que afecte la libertad personal del sindicado, sin que finalmente en el mismo supuesto fáctico se reúna la totalidad de presupuestos de una condena, situación que, a juicio de la Sala, es la que ha tenido lugar en el sub lite.

Y es que de acuerdo con lo preceptuado por el antes citado artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, podía imponerse la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando obrare, en contra del sindicado, un indicio grave de responsabilidad. Era posible, entonces, que



se ordenare la detención preventiva de una persona, con pleno acatamiento de las exigencias legales y, no obstante, concluirse con posterioridad, en el curso del proceso y atendiendo a otros elementos de prueba, que se daba alguna de las hipótesis previstas por el artículo 414 del mismo Código esto es, que el hecho no existió, no era constitutivo de delito, o el acusado no lo había cometido o, simplemente, que no pudo desvirtuarse con toda certeza la presunción de inocencia que protege al ciudadano, razón por la cual la duda debía resolverse en su favor y se imponía el fallo absolutorio.

Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión legal la que ordena la detención preventiva pero que a la postre se revela equivocada, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del derecho fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicado, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absolutoria, el yerro en que se incurre salta a la vista y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona junto con todo lo que a ella es inherente^{3/4} ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona con todos sus atributos y calidades deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un desde esta perspectiva, mal entendido interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo sin ningún tipo de compensación.

Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado a voces del artículo 1º in fine de la Constitución Política, no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la



materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

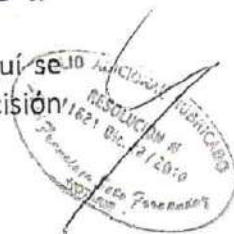
De este modo, la tensión entre Estado e Individuo, históricamente siempre presente desde la institucionalización misma del poder que supuso el advenimiento y consolidación del Estado de Derecho a partir de los primeros lustros del siglo XIX, paulatinamente fue configurando al aparato estatal, precisamente, respecto de las libertades y los derechos, como «algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que los derechos nazcan y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos». De ahí que los derechos fundamentales se configurasen como límites al poder y que, actualmente, se sostenga sin dubitación que el papel principal del Estado frente a los coasociados se contrae al reconocimiento de los derechos y libertades que les son inherentes y a ofrecer la protección requerida para su preservación y respeto. No en vano ya desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1798, en su artículo 2º, con toda rotundidad, se dejó consignado:

«Artículo 2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad.

No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad como en el presente caso durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión "normal", inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad. Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado".

Si bien es cierto, hay abundante jurisprudencia sobre el problema jurídico que aquí se plantea, creemos que el fallo en comento aporta los elementos esenciales para la decisión del presente caso y por ello aportamos el extracto esencial del precedente citado.



- PETICIÓN.

Con fundamento en lo expuesto, respetuosamente solicito al Honorable Consejo de Estado, al resolver el presente recurso, revocar el fallo recurrido y en su lugar estimar todas las pretensiones de la demanda inicial.

De ustedes con todo respeto.

HAROLD MOSQUERA RIVAS
C.C. 16.691.540 de Cali
T.P. 60.181 del C.S.J.

República de Colombia
 DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN
 NOTARÍA DE CALI

Cali, 11 ENE 2012

El anterior escrito del Mosquera Rivas Harold
 quien se publica con 16691540
 expedida en 60181
 expedida en [Signature] el despacho de la
 Notaría Once del Circuito de Cali.

[Signature]
 Notario de la Notaría Once del Circuito de Cali



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

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 76001-23-31-000-2005-00387-01 (43.852)
Actor: César Augusto Gamboa Valencia y otros
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Asunto: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El 6 de septiembre de 2005, los señores César Augusto Gamboa Valencia (actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores César Augusto, Gustavo Adolfo y Mauricio Steven Gamboa Domínguez), Brígida Valencia viuda de Gamboa, María Delfrida, José Kenny, Henry, María Humildad, Nancy, Cruz Ermira, Brígida, Francis Paul y Everlyn Gamboa Valencia, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara la responsabilidad patrimonial de la Nación - Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación por la falla del servicio que ocasionó la privación injusta de la libertad de que fue víctima el primero de ellos, del 27 de junio de 1997 al 2 de enero de 1998.

Solicitaron que, en consecuencia, se condenara a pagarles, por perjuicios morales, 100 smmlmv a cada uno de los demandantes. Para el directamente afectado con la



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

medida, \$800'000.000 por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante y \$15'500.000 de daño emergente, así como 300 smlmv por perjuicios fisiológicos. También solicitaron el pago de \$5'000.000 para los demás demandantes, por concepto de daño emergente.

Como fundamento de sus pretensiones, narra la demanda que, el 27 de junio de 1997, César Augusto Gamboa Valencia se desempeñaba como Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la Alcaldía de Buenaventura, cuando la Fiscalía 95 Seccional de Santiago de Cali le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por la presunta comisión de los delitos de peculado, prevaricato y falsedad en documento público y ordenó su reclusión en la cárcel del Distrito Judicial Vista Hermosa de Cali.

En consecuencia, aquel señor permaneció privado de la libertad durante 6 meses y 6 días, fue suspendido de su cargo y, posteriormente, desvinculado del mismo.

Luego, en providencia del superior jerárquico de esa Fiscalía, esto es, del Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, se decretó la preclusión de la investigación a favor de César Augusto Gamboa Valencia por los delitos de "falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público", porque no los cometió.

No obstante lo anterior, la Fiscalía de primera instancia continuó el proceso y, al calificar el mérito del sumario, lo acusó de la comisión de los delitos ya precluidos y extinguidos por el superior y extendió la orden de captura con el fin de que fuera capturado nuevamente, acusado de los delitos de "falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación" (folios 244 a 250 del cuaderno 1).



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

2. La demanda fue admitida mediante auto del 3 de octubre de 2005, providencia notificada en debida forma a la parte demandada y al Ministerio Público (Folios 264 a 266, 269 y 271 del cuaderno 1).

3. La apoderada de la Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no existió falla del servicio de la que se evidencie alguna conducta anormalmente deficiente, abiertamente ilegal u ostensible y manifiestamente errada del funcionario instructor.

Aseguró que no incurrió en ninguna infracción a la Constitución ni a la ley, puesto que son éstas, precisamente, las que le imponen la obligación de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando medidas de aseguramiento.

Dijo que el actor no sufrió un daño antijurídico, pues, en todas las etapas procesales de la investigación que se adelantó en su contra, se le garantizó el debido proceso.

Sostuvo que la medida de aseguramiento y la resolución de acusación contra César Augusto Gamboa Valencia se ajustaron a todas las exigencias sustanciales y formales de la ley vigente al momento de los hechos, ya que, para entonces, existían indicios graves de responsabilidad en su contra.

Manifestó que el hecho de que, en principio, la Fiscalía lo identificó como presunto autor de los delitos de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público y, posteriormente, el Fiscal de segunda instancia haya modificado esa calificación al delito de peculado culposo no constituye una falla del servicio en sí misma, de donde pueda derivarse responsabilidad de ese ente.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

Formuló llamamiento en garantía a la Fiscal que calificó el mérito del sumario en contra de César Augusto Gamboa Valencia acusándolo como presunto responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Propuso la excepción genérica, esto es, la que el juez encuentre probada (folios 302 a 311 del cuaderno 1).

Mediante auto del 16 de abril de 2007, se rechazó por improcedente el llamamiento en garantía de la mencionada Fiscal, debido a que no se aportó la prueba sumaria de que actuó con culpa grave o dolo en el proceso penal adelantado en contra del actor (folios 313 a 318 del cuaderno 1).

4. Mediante auto del 24 de septiembre de 2007 se abrió el proceso a pruebas y, el 27 de noviembre de 2009, se corrió traslado para alegar de conclusión y rendir concepto (folios 320 y 329 del cuaderno 1).

4.1. En sus alegatos de conclusión, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación hizo un recuento de las etapas procesales de la investigación penal adelantada contra César Augusto Gamboa Valencia, para concluir que, en efecto, se le respetaron todas las garantías procesales y que los fiscales de conocimiento fueron diligentes en sus actuaciones; además, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda (folios 343 a 347 del cuaderno 1).

4.2. Por su parte, el apoderado de la Rama Judicial solicitó negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la actuación de las demandadas no generó el daño por el que aquí se demandó, pues la cesación del procedimiento a favor del demandante no ocurrió por ninguna de las causales del artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, sino por prescripción de la acción penal.



43.852
César Augusto Gamboa Valencia y otros

Dijo que, en caso de resultar condenado el Estado por estos hechos, la condena debía recaer en la Fiscalía General de la Nación, la cual está dotada de autonomía administrativa y presupuestal.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto fue la Fiscalía General de la Nación y no la Rama Judicial la que investigó y le impuso la medida de aseguramiento al demandante (folios 353 a 360 del cuaderno 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se acreditó que la privación de la libertad de César Augusto Gamboa Valencia obedeció a una falla del servicio de la administración de Justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación y en que, por el contrario, lo que se observa es que las decisiones de ésta se ajustaron a derecho, teniendo como base las pruebas recaudadas en el proceso penal, de modo que la detención de dicho señor no puede calificarse de injusta, de arbitraria, ni de ilegal.

Sostuvo que el hecho de que la Fiscalía le precluyera la instrucción en lo relativo a los delitos contra la fe pública y variara la calificación del peculado de doloso a culposo (delito que no ameritaba la detención preventiva sino la conminación), no quiere decir que el sindicado fue exonerado de responsabilidad penal, sino que la investigación continuó por otro tipo penal (folios 362 a 385 del cuaderno principal).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

En el término dispuesto por la ley, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con fundamento en que la privación de la libertad de César Augusto Gamboa Valencia sí fue injusta, por cuanto la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali le revocó la medida de aseguramiento y ordenó su libertad inmediata, al encontrar que no cometió los delitos que motivaron su detención, esto es, los de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público.

Sostuvo que esa privación injusta de la libertad ocurrió al margen de que, posteriormente, la investigación continuara por el delito de peculado culposo (por el cual no podía imponérsele una medida de aseguramiento sino una simple conminación), respecto del cual se le precluyó la investigación por prescripción de la acción penal, no obstante lo cual se le impuso una nueva medida de aseguramiento que, finalmente, no se hizo efectiva, lo que evidencia que dicha investigación no fue objetiva ni imparcial (folios 388 a 395 del cuaderno principal).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El 23 de febrero de 2012, el Tribunal concedió el recurso de apelación y, mediante auto del 14 de junio del mismo año, se admitió en esta Corporación (folios 399 y 403 del cuaderno principal).

En el término del traslado común para presentar alegatos de conclusión, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación reiteró lo expuesto en las demás etapas procesales, a lo cual agregó que la responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad debe analizarse bajo la óptica de la falla del servicio y no de la responsabilidad objetiva.



43.852
César Augusto Gamboa Valencia y otros

Aseguró que, para que se configure una falla del servicio, resulta necesaria una actuación abiertamente arbitraria e ilegal o una grosera y caprichosa interpretación por parte de los funcionarios instructores, en contraposición a lo que se evidenció, que fue que éstos obraron de conformidad con las normas vigente para la época de los hechos y que las decisiones que adoptaron fueron el resultado de un proceso intelectual, fruto racional de la valoración probatoria o de la interpretación de la ley, en ejercicio legítimo de sus competencias.

Concluyó diciendo que el proceso penal en contra del actor terminó de manera "anormal", cual fue la prescripción de la acción penal y no porque se hubiera demostrado que los delitos no existieron, que no los cometió o que las conductas no eran típicas (folios 406 a 414 del cuaderno principal).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 428 del cuaderno principal).

V. CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación, toda vez que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y con el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008¹, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

¹ Expediente 2008 00009.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

El caso concreto (caducidad de la acción)

El 25 de junio de 1997², la Fiscalía 95 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Financieros le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al señor César Augusto Gamboa Valencia, entre otros, como presunto autor culpable de los delitos de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público, en perjuicio del haber patrimonial del municipio de Buenaventura.

El 25 de septiembre siguiente³, esa misma Fiscalía decidió no revocar la decisión anterior.

El 5 de febrero de 1998⁴, en segunda instancia, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali decidió "*SUSTITUIR la MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCION PREVENTIVA que se dictó contra CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, por la de CONMINACION ... Esta determinación por cuanto la conducta por la que debe responder el doctor GAMBOA VALENCIA es la de PECULADO CULPOSO y no las de PECULADO POR APROPIACION, FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO Y FALSEDAD MATERIAL DE EMPLEADO OFICIAL EN DOCUMENTO PUBLICO*" y, en consecuencia, dispuso su libertad inmediata. En dicha providencia, dispuso:

"... GAMBOA VALENCIA fue negligente en su labor y que (sic) por lo tanto con su actitud omisiva contribuyó de manera culposa a la plurimencionada defraudación, razón por la cual no podría responder por los delitos dolosos que se le atribuyeron en la resolución en la que se definió su situación jurídica, por lo menos, mientras no se demuestre el convenio existente entre él y los demás funcionarios y empleados que participaron en la empresa criminal.

² Folios 26 a 46 del cuaderno 1.

³ Folios 47 a 58 del cuaderno 1.

⁴ Folios 59 a 77 del cuaderno 1.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

"(...)

"Con todo lo dicho en precedencia no estamos significando que se ha demostrado plenamente la total ajenidad de CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA respecto de los hechos denunciados, pero sí se puede afirmar, (sic) que dentro de la foliatura no obra prueba suficiente para considerarlo como coautor o participe (sic) de las conductas dolosas investigadas, constituyendo su comportamiento pasivo y negligente un elemento que contribuyó a la defraudación, pero de manera indirecta, lo que corresponde a un factor generador de culpa, razón por la cual, por ahora, no se le puede atribuir ni el peculado por apropiación ni las falsedades materiales e ideológicas que se cometieron, pues todos estos ilícitos son esencialmente dolosos y no admiten la culpabilidad 'culposa'.

"(...)

"... no puede (sic) atribuírsele al procesado cuya situación se examina, (sic) comportamientos delictivos a título de dolo, (sic) consideramos que su conducta omisiva, que su negligencia y el no haber cumplido cabalmente con las funciones de control de personal que le fueron asignadas como jefe de recursos humanos, (sic) lo hizo (sic) incurso en un comportamiento culposo, pues con su falta al deber de cuidado contribuyó indirectamente al desfalco que sufrieron las arcas del municipio de Buenaventura ... la falta de diligencia de GAMBOA VALENCIA coadyuvó, (sic) para que los directos ejecutores del plan criminal, (sic) lograran su objetivo durante algunos meses, cual era el de apropiarse fraudulentamente de dineros pertenecientes a la administración municipal del Puerto (sic) sobre el Pacífico.

"Con fundamento en lo anterior, la conducta que de acuerdo al (sic) material probatorio recogido hasta ahora, (sic) se le puede atribuir a GAMBOA VALENCIA es la de peculado culposo, (sic) y por ello se modificará la medida de aseguramiento de detención preventiva que se dictó contra el procesado, por la que corresponde para el ilícito enunciado, que es la de conminación"⁵.

No obstante lo anterior, el 13 de febrero siguiente⁶ la Fiscalía 95 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Financieros le profirió resolución de acusación, como presunto coautor de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

⁵ Folios 67, 68, 70, 71, 74, 75 del cuaderno 1.

⁶ Folios 80 a 144 del cuaderno 1.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

El 16 de julio de 1998⁷, al resolver los recursos de apelación interpuestos por los procesados y por el Ministerio Público contra la anterior providencia, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali confirmó la resolución de acusación por el delito de peculado contra el señor César Augusto Gamboa Valencia "con la MODIFICACION y ACLARACION de que dicho cargo procede no en la modalidad de APROPIACION sino por el de PECULADO CULPOSO" y, en consecuencia, dispuso que continuara vigente la medida de conminación que había impuesto en la providencia del 5 de febrero anterior; adicionalmente, precluyó la investigación por los delitos de falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos:

"... no existe prueba directa que comprometa la responsabilidad de GAMBOA VALENCIA en los delitos dolosos que se le imputan ...

"(...)

"... la negligencia, el descuido, la irresponsabilidad son factores generadores de culpa, mientras no se demuestre a través de otros medios que tal conducta omisiva obedeció al acuerdo previo que el agente encargado de ejercer el control, (sic) ofrece para la realización criminal. En el presente caso, dicha prueba nunca se logró recaudar ...

"(...)

"... GAMBOA VALENCIA fue negligente en su labor y que (sic) por lo tanto con su actitud omisiva contribuyó de manera culposa a la plurimencionada defraudación, razón por la cual no podría responder por los delitos dolosos que se le atribuyeron en la resolución en la que se definió su situación jurídica, por lo menos, mientras no se demuestre el convenio existente entre él y los demás funcionarios y empleados que participaron en la empresa criminal.

"(...)

"... la circunstancia reseñada por la funcionaria instructora sí constituye un indicio grave que compromete la responsabilidad de GAMBOA VALENCIA, pero no en relación con una conducta dolosa sino culposa, pues su actitud negligente y descuidada indudablemente incidió para que los directos ejecutores del plan criminoso llevaran a feliz término, para ellos, el objetivo buscado, cual era el de apropiarse mensualmente de cierta cantidad de dinero, desde el mes de abril de 1995 hasta octubre del mismo año. Lo anterior equivale a decir que dicha

⁷ Folios 146 a 218 del cuaderno 1.



43.852
César Augusto Gamboa Valencia y otros

situación no puede tenerse como prueba de un supuesto convenio o acuerdo previo entre GAMBOA VALENCIA y los directos autores de los ilícitos denunciados, es decir de las falsedades: material e ideológica en documento público y de la apropiación de dineros oficiales. Si el aquí procesado contribuyó dolosamente, con su comportamiento omisivo, a la defraudación, es situación que no se encuentra demostrada dentro del informativo.

"(...)

"En pocas palabras no existe la más mínima prueba que demuestre que CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA ordenara la inclusión o exclusión de supernumerarios de manera caprichosa y por iniciativa propia. Como tampoco se estableció dentro de la dispendiosa instrucción, que el mencionado hubiese ordenado la inclusión en nómina de personal supernumerario ficticio. Entonces, si bien se probó, como bien lo dice la funcionaria de primera instancia, que GAMBOA VALENCIA tenía incidencia indirecta en la elaboración de la nómina, al reportar las novedades de supernumerarios, como una de sus funciones, no se demostró que él hubiera determinado la inclusión de personas que no trabajasen o no hubiese (sic) prestado algún servicio al municipio.

"(...)

"CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA al hacer parte (sic) la Administración y tener una labor de control y vigilancia, con su desidia indudablemente contribuyó al desorden administrativo y por ende a que tal situación se aprovechara por los autores de las infracciones dolosas para cumplir con su propósito. El hecho de que no fuese el ordenador del gasto o que no tuviese la relación jurídica o material de los dineros, no lo exime de responsabilidad en relación con el peculado culposo. Resulta claro para la Delegada que si él hubiese cumplido con sus funciones, proyectando los decretos o resoluciones que debía firmar el alcalde para designar el personal supernumerario, muy seguramente se hubiese evitado la actividad delictiva de los empleados o funcionarios que diseñaron la estrategia para obtener fraudulentamente dineros del municipio, o por lo menos se hubiese permitido que los comportamientos ilícitos fuesen descubiertos más rápidamente.

"Es posible que GAMBOA VALENCIA, como otros funcionarios, en relación con el asunto que se investiga, que es la inclusión en nómina y el pago de salarios a personas que no trabajaron para el ente municipal, hubiese sido asaltado en su buena fe, pero si hubiese sido más acucioso en su labor, habría podido descubrir antes la situación que finalmente comunicó o conversó con el burgomaestre de entonces, el mes de octubre de 1995, cuando ya un escrito anónimo los había puesto en antecedentes de las graves irregularidades que se estaban cometiendo con las pluricitadas nóminas.

"Las decisiones que se deben tomar, entonces, contra GAMBOA VALENCIA son la de precluirle la instrucción únicamente en relación con los delitos contra la fe pública que se le atribuyeron y confirmar la resolución de acusación por el peculado, con la aclaración o modificación de que el mismo no es por



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

apropiación, sino culposo, es decir (sic) debe responder en la etapa de la causa, por la infracción definida en el artículo 137 del Código Penal"⁸.

Resulta claro entonces que, el 5 febrero de 1998, cuando la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, en segunda instancia, dispuso la libertad inmediata de César Augusto Gamboa Valencia y le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de conminación, lo hizo motivada por la modificación del tipo penal endilgado, como quiera que la conducta por la que debía responder aquel señor era la de peculado culposo y no alguna de las otras tres que se le atribuyeron inicialmente, esto es, las de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y falsedad material de empleado oficial en documento público, con ocasión de que no existían pruebas de la conducta dolosa del sindicado.

También es claro que, en consecuencia, el 16 de julio de 1998, esa misma Fiscalía le precluyó la investigación por los dos últimos delitos mencionados (los de falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público) porque no los cometió, pero, respecto del de peculado culposo, le confirmó la resolución de acusación, dada su propia negligencia en el ejercicio del cargo público que desempeñaba.

Posteriormente, el 8 de septiembre de 2003⁹, el Juzgado Primero Penal del Circuito decretó la cesación del procedimiento en favor de César Augusto Gamboa Valencia, por haber operado la prescripción de la acción penal y ordenó levantar la medida cautelar que recaía en su contra con ocasión de ese proceso.

Pues bien, de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa caduca al cabo de 2 años, contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u

⁸ Folios 160, 164, 166, 168, 169, 172, 182, 183, 215 y 216 del cuaderno 1.

⁹ Folios 222 a 236 del cuaderno 1.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En concordancia con esta norma, en los eventos de privación injusta de la libertad el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el momento en el cual el sindicado recupera la libertad y/o queda ejecutoriada la providencia absolutoria -lo último que ocurra-.

Sobre este punto en particular, el Consejo de Estado ha dicho¹⁰:

"En el tema de la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta, la caducidad se cuenta desde la ejecutoria de la decisión judicial absolutoria o similar de la que haya sido objeto la víctima de la detención, ya que se ha considerado tradicionalmente que es desde ese momento que la parte se encuentra legitimada para iniciar la reclamación por vía de reparación directa. Se reitera, entonces, lo siguiente¹¹:

"La ley consagra entonces, un término de dos años contado desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización para intentar la acción de reparación directa, vencido el cual no será posible solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado la caducidad. El ordenamiento legal vigente, permite que quien haya sido privado injustamente de (sic) libertad pueda demandar al Estado reparación de perjuicios. Esta Sala ha considerado que en los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción por fallas en la administración de justicia, relacionadas con reclamaciones originadas en privación injusta de la libertad, el término para intentar la acción de reparación directa, (sic) debe empezar a contarse no a partir del momento en el cual se produzca la privación de libertad o se recupere ésta, sino desde el día siguiente a la ejecutoria de la providencia en la que se pueda constatar que la privación de libertad ha sido injusta, porque sólo a partir de ese momento existe habilitación para reclamar lo injusto de la detención.

"En consecuencia, el término para intentar la acción de reparación directa por el daño ocasionado con la privación injusta de la libertad, debe contarse a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que pone fin al proceso -sea absolutoria o que declare la

¹⁰ Sentencia del 30 de marzo de 2017. Sección Tercera, Subsección "B", expediente 43062.

¹¹ Auto del 3 de marzo del 2010. Sección Tercera, expediente 36473 (cita del original).



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

cesación del procedimiento-, como quiera que con dicha providencia se abre la posibilidad para el afectado de presentar la reclamación correspondiente, dado que hasta que ella no se produzca difícilmente puede alegarse la injusticia de la detención".

Así las cosas, en principio, conforme se indicó en la demanda (acápites "OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA")¹², el término de caducidad debía empezar a contarse a partir de la ejecutoria de la providencia que puso fin al proceso penal adelantado en contra de César Augusto Gamboa Valencia, la cual fue proferida el 8 de septiembre de 2003¹³ por el Juzgado Primero Penal del Circuito, pues mediante ella se decretó la cesación del procedimiento en favor de aquel señor, por la prescripción de la acción penal; sin embargo, tanto de las pretensiones de la demanda como del recurso de apelación se evidencia que el daño por el que aquí se demandó se consolidó en 1998, conforme pasa a explicarse.

En primer lugar, la pretensión principal de la demanda persigue que se declare la responsabilidad de la Nación – Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación por *"todos los daños y perjuicios tanto morales como fisiológicos y materiales, ocasionados ... por la detención arbitraria e injusta y la tortura moral de que fué (sic) víctima el señor CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA, por parte de la Fiscalía Noventa y Cinco (95) Seccional de Santiago de Cali, a partir del día 27 de Junio (sic) de 1.997 y hasta el día 2 de Enero (sic) de 1.998, es decir, por el lapso de seis (6) meses y seis (6) días. (sic) En un acto que conlleva visible falla del servicio"*¹⁴ e, igualmente, se busca que se condene al pago de los perjuicios derivados de ello.

En segundo lugar, el recurso de apelación fue sustentado en los siguientes términos:

"Así las cosas, para el 5 de febrero de 1998, ya la Fiscalía 95 seccional de Cali había incurrido en una FALLA EN EL SERVICIO, en una VIA DE HECHO y había privado injustamente de la libertad al señor GAMBOA VALENCIA, independientemente de lo que pasara con la investigación que por un presunto

¹² Folio 257 del cuaderno 1.

¹³ Folios 222 a 236 del cuaderno 1.

¹⁴ Folios 241 y 242 del cuaderno 1.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

peculado culposo se ordenó continuar en su contra, pero que jamás alcanzaría para justificar en adelante a (sic) privación de la libertad del señor GAMBOA VALENCIA.

"(...)

"Si bien es cierto el proceso penal fue precluido por prescripción, lo que se precluyó fue la investigación por el presunto delito de peculado culposo, por tanto, no puede colegirse como lo hiciera la Sala en el fallo de primera instancia, que la medida de aseguramiento impuesta al actor por los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público** no fue injusta, claro que fue injusto (sic) porque se profirió haciendo cargos por unos delitos que nunca ocurrieron, que nunca se cometieron y así se declaró en providencia ejecutoriada del día 5 de febrero de 1.998 (sic) ...

"(...)

"En el presente caso, la Fiscalía 95 Seccional de Cali, al privar de la libertad al señor CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA por los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público**, estando demostrado que el investigado no cometió esos delitos, por lo que fue revocada la medida y ordenada la libertad inmediata del actor, incurrió en una falla del servicio ...

"(...)

"En el presente caso está demostrado que la decisión fue INJUSTA, por ello el superior la REVOCÓ ordenando que no continuara la investigación por los delitos que motivaron la detención, por tanto una decisión absolutoria en firme respecto a (sic) los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público**, que fueron los que sustentaron la injusta privación de la libertad. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali declaró que esos delitos no fueron cometidos por el actor, que no existieron y por tanto estamos ante las dos causales establecidas en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991 para que haya responsabilidad del estado (sic) ...

"Si bien se ordenó continuar la investigación por PECULADO CULPOSO y esta luego cesó por la prescripción de la acción, debe enfatizarse que no fue por ese delito que la Fiscal 95 privó de la libertad al actor, pues (sic) como ya se dijo, ese delito, en razón del monto de la pena solo daba para una conminación, que ni lo hubiera separado del cargo ni le hubiera privado de la libertad...

"Si el proceso penal hubiese continuado se habría proferido una sentencia, absolutoria o condenatoria con relación al presunto delito de PECULADO CULPOSO, pero jamás se habría dictado sentencia condenatoria contra el actor por los delitos de **peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público**, pues como se ha señalado tantas veces, desde el mes de febrero de 1998 se



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

declaró que esos delitos no se había (sic) cometido por el señor CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA"¹⁵ (negritas y cursivas del original – subrayas de la Sala).

De todo lo anterior resulta claro entonces, que el motivo o la causa de la demanda es la privación de la libertad de César Augusto Gamboa Valencia, la cual se tornó injusta con la providencia del 16 de julio de 1998, por cuanto en ella se evidenció que dicho señor no cometió los delitos hasta entonces imputados (peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público) y que, por esa razón, la Fiscalía le precluyó la investigación por los dos últimos delitos mencionados y le modificó el tipo penal del primero de ellos (peculado por apropiación) a peculado culposo -dada la ausencia del elemento doloso necesario para la configuración de aquél-, de modo que a partir de ese momento ya podía reclamar por la que consideró una privación injusta de su derecho fundamental a la libertad, pues, como ya se dijo, con dicha providencia tuvo certeza de la ocurrencia de dicho daño.

Ahora, aunque el proceso en contra del demandante continuó por el delito de peculado culposo (delito por el que no procedía la medida privativa de la libertad, sino la de conminación) y en 2003 el Juzgado 1º Penal del Circuito declaró la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal, en los términos de la propia parte actora en su recurso de apelación "no fue por ese delito que la Fiscal 95 privó de la libertad al actor" y el daño -la privación de la libertad de aquél- ocurrió "independientemente de lo que pasara con la investigación que por un presunto peculado culposo se ordenó continuar en su contra".

¹⁵ Folios 390,391 y 392 del cuaderno principal.



43.852
César Augusto Gamboa Valencia y otros

Así y teniendo en cuenta que la misma parte demandante considera consolidado el daño desde antes de que se le procesara por el delito de peculado culposo, mal puede la Sala extender el inicio del término de caducidad hasta la culminación del proceso por este otro delito.

En consecuencia, el término de la caducidad debe empezar a contarse a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia del 16 de julio de 1998; pues bien, aunque se desconoce la fecha de tal ejecutoria, advierte la Sala que en la providencia del 8 de septiembre de 2003, en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito declaró la cesación del procedimiento por el delito de peculado culposo, se dice que *"han transcurrido 5 años y cinco días desde la ejecutoria de la resolución de acusación -por ese delito- proferida en contra de CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA"*¹⁶, que es la misma providencia en la que se evidenció que dicho señor no cometió los delitos que hasta ese momento se le imputaban (peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público).

En este orden de ideas, si para el 8 de septiembre de 2003 ya habían transcurrido 5 años y 5 días desde la ejecutoria de la mencionada providencia del 16 de julio de 1998, con mayor razón, para el 6 de septiembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, ya estaba más que vencido el término de caducidad de los 2 años.

No debe olvidarse que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad de la acción, que impone a las partes la carga procesal de promover el litigio dentro del plazo fijado por la ley; de no hacerlo en tiempo, se pierde la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo el derecho. La caducidad, como fenómeno jurídico procesal, no admite renuncia ni suspensión del término,

¹⁶ Folio 230 del cuaderno 1.



43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

el cual cursa de manera inexorable, salvo cuando se presenta solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, suspensión que, en todo caso, debe atenderse según los parámetros fijados en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001.

La caducidad, por ser de orden público, es indisponible e irrenunciable y el juez, cuando encuentra probados los respectivos supuestos fácticos, debe declararla aún de oficio y en contra de la voluntad de las partes, pues aquella opera por el sólo transcurso del tiempo¹⁷.

En consecuencia, se impone declarar de oficio que operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenarlas en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En su lugar:

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2006, expediente 15.323




43.852

César Augusto Gamboa Valencia y otros

Primero.- Declárase que operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

Segundo.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA



CONSEJERO(A) PONENTE
CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA PROFERIDA EN EL SIGUIENTE PROCESO:

EXPEDIENTE: 760012331000200503871 01 (43852)

DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN RAMA JUDICIAL FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NATURALEZA: ACCION DE REPARACION DIRECTA

FECHA DE LA SENTENCIA: PRIMERO (01) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018)

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LUGAR PÚBLICO DE ESTA SECRETARÍA POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS, COMPRENDIDOS ENTRE LAS 8:00 A.M. DEL 08/03/2018 Y LAS 5:00 P.M. DEL 12/03/2018, HORA EN QUE SE DESFIJA.

DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 331 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EL TÉRMINO DE EJECUTORIA DE LA PROVIDENCIA QUE ANTECEDE CORRE ENTRE LOS DÍAS DEL 13 AL 15 DE MARZO DE 2018

Maria Isabel Feullet Guerrero
MARÍA ISABEL FEULLET GUERRERO
 Secretaria

CPC

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02241-01

Actor: CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial. Violación al principio de congruencia – Recurso extraordinario de revisión. Reiteración.¹

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el señor **CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA** contra el fallo de 26 de septiembre de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual **negó** el amparo deprecado.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **GAMBOA VALENCIA** promovió acción de tutela, el 3 de julio de 2018,² invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado. Autoridad judicial que en segunda instancia, revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que **negó** las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró la caducidad de la acción de reparación directa, proceso radicado con el No. 76001-23-31-000-2005-03871-01.

¹ Sobre el tema se pueden consultar de esta Sección los siguientes fallos de tutela proferidos durante el presente año: 25 de octubre, proceso No. 11001-03-15-000-2018-01746-01, accionante: José de la Rosa Chacón Santana; C. P. Rocío Araujo Oñate. 30 de agosto, expediente No. 11001-03-15-000-2017-03389-01; actores: Carlos Hernando Delgado Montero y otros; C. P. Alberto Yepes Barreiro. 9 de agosto, tutela No. 11001-03-15-000-2018-02154-00; accionantes: Libardo Sucre García Nassar y otros; C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 5 de julio, radicado No. 11001-03-15-000-2018-00210-01; demandante: Sandra Lucía Lenis Lenis; C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

² Fls. 1 – 11.

1.1. Hechos

Los supuestos fácticos de la presente acción, en síntesis, son los siguientes:

1.1.1. Para el 27 de junio de 1997, el señor **CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA** se desempeñaba como Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la Alcaldía de Buenaventura, cuando la Fiscalía 95 Seccional de Santiago de Cali le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación,³ por la presunta comisión de los delitos de peculado, prevaricato y falsedad en documento público y ordenó su reclusión en la cárcel del Distrito Judicial Vista Hermosa de Cali.

Posteriormente, la Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia del 5 de febrero de 1998,⁴ sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva que se dictó contra el señor **GAMBOA VALENCIA** por la de «conminación»,⁵ por cuanto la conducta por la que debe responder éste era la de peculado culposo y no las de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y falsedad material de empleado oficial en documento público y, en consecuencia, dispuso su libertad inmediata.

No obstante lo anterior, la Fiscalía 95 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Financieros, el 13 de febrero de 1998,⁶ le profirió resolución de acusación, como presunto coautor de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

³ Fls. 26 – 46. Providencia del 25 de junio de 1997, del expediente ordinario allegado en calidad de préstamo (en adelante Exp. Ord.).

⁴ Fls. 59 – 77. *Idem*.

⁵ Decreto No. 2700 de 1991, por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal, en su artículo 419, disponía:

«Obligaciones del sindicado. En los casos de conminación, caución, detención domiciliaria y libertad provisional, se le impondrán las siguientes obligaciones:

1. Presentarse cuando el funcionario competente lo solicite. No se pueden imponer presentaciones periódicas.
2. Observar buena conducta individual, familiar y social.
3. Informar todo cambio de residencia.
4. No salir del país sin previa autorización del funcionario».

⁶ Fls 80 – 144. Exp. Ord.

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, con providencia del 16 de julio de 1998,⁷ confirmó la resolución de acusación por el delito de peculado contra el señor **GAMBOA VALENCIA**, pero modificó y aclaró que dicho cargo procedía no en la modalidad de apropiación sino por el de peculado culposo y, en consecuencia, dispuso que continuara vigente la medida de conminación que había impuesto en la providencia del 5 de febrero; adicionalmente, precluyó la investigación por los delitos de falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público.

En vista de lo anterior, el tutelante permaneció privado de la libertad, hasta el 2 de enero de 1998, fue suspendido de su cargo y, posteriormente, desvinculado del mismo.

1.1.2. Mediante apoderado judicial, el 6 de septiembre de 2005,⁸ los ciudadanos Brígida Valencia Viuda de Gamboa (madre); María Delfrida; José Kenny; Henry; María Humildad; Nancy Gamboa Valencia; Cruz Ermira; Brígida; Francis Paúl y Everlyn Gamboa Valencia (hermanos); César Augusto; Gustavo Adolfo y Mauricio Steven Gamboa Domínguez (hijos) y el señor **CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA** (víctima), presentaron demanda de reparación directa contra la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de La Nación, en la que solicitaron declarar la responsabilidad administrativa y extrapatrimonial de dichas entidades de todos los daños y perjuicios tanto morales, fisiológicos y materiales, ocasionados por la detención arbitraria e injusta y «*la tortura moral*» que soportó aquél, por parte de la Fiscalía Noventa y Cinco (95) Seccional de Santiago de Cali, a partir del día «*27 de junio de 1997 y hasta el día 2 de enero de 1998*»;⁹ lo que conllevó a una visible falla en el servicio.

1.1.3. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con sentencia del 6 de julio de 2011,¹⁰ negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la decisión privativa de la libertad no fue injusta en la medida que la Fiscalía valoró las pruebas con las que contaba para proferir la medida de aseguramiento, tampoco

⁷ Ffs. 146 – 218. *Idem*.

⁸ Ffs. 241 – 261. Exp. Ord.

⁹ Fecha especificadas por el demanda, pero que no coinciden con la providencias del proceso penal, ver numeral 1.1.1.

¹⁰ Ffs. 362 – 385. *Idem*.

se encontraron acreditadas las condiciones para la configuración de responsabilidad en cabeza de la parte demandada por el daño que se pudo irrogar a los actores con sustento en lo establecido en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, toda vez que la medida de la cual fue sujeto el señor **GAMBOA VALENCIA** fue proporcional en atención a la valoración efectuada por el órgano acusador en primera instancia.

Explicó que, para el momento en que la decisión privativa de la libertad fue tomada, se elaboró un serio y juicioso análisis probatorio, por lo que los actos no fueron ilegales ni errados, al desarrollarse los mismos conforme la normatividad constitucional y legal del caso.

Por lo anterior, la autoridad judicial de primera instancia no encontró falla alguna en la prestación del servicio jurisdiccional en el caso concreto.

1.1.4. La parte actora inconforme con la anterior decisión la apeló.¹¹

Sostuvo que la privación de la libertad del señor **GAMBOA VALENCIA** sí fue injusta, por cuanto la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali revocó la medida de aseguramiento y ordenó su libertad inmediata, al encontrar que no cometió los delitos que motivaron su detención, esto es, los de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público.

1.1.5. La Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado con providencia del 1º de marzo de 2018, resolvió:¹²

«**REVÓCASE** la sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En su lugar:

Primero.- Declárase que operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

Segundo.- Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen».¹³

¹¹ Fls. 388 – 395. Exp. Ord.

¹² Fls. 437 – 446. *Idem*.

¹³ Énfasis del original.

La autoridad judicial de segunda instancia, una vez transcritos los argumentos de la apelación, explicó que el motivo o la causa de la demanda es la privación de la libertad del señor **GAMBOA VALENCIA**, la cual se tornó injusta con la providencia del 16 de julio de 1998, por cuanto en ella se evidenció que dicho señor no cometió los delitos hasta entonces imputados (peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público) y que, por esa razón, la Fiscalía le precluyó la investigación por los dos últimos delitos mencionados y le modificó el tipo penal del primero de ellos (peculado por apropiación) a peculado culposo -dada la ausencia del elemento doloso necesario para la configuración de aquél-, de modo que a partir de ese momento ya podía reclamar por la que consideró una privación injusta de su derecho fundamental a la libertad.

Luego precisó que, aunque el proceso en contra del demandante continuó por el delito de peculado culposo (delito por el que no procedía la medida privativa de la libertad, sino la de conminación) y en 2003 el Juzgado 1º Penal del Circuito declaró la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal, en los términos de la propia parte actora en su recurso de apelación *«no fue por ese delito que la Fiscal 95 privó de la libertad al actor»* y el daño -la privación de la libertad de aquél- ocurrió *«independientemente de lo que pasara con la investigación que por un presunto peculado culposo se ordenó continuar en su contra»*.

Para indicar que, teniendo en cuenta que la misma parte demandante consideró consolidado el daño desde antes de que se le procesara por el delito de peculado culposo, mal puede la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado extender el inicio del término de caducidad hasta la culminación del proceso por este otro delito; motivos por los cuales, concluyó:

«En consecuencia, el término de la caducidad debe empezar a contarse a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia del 16 de julio de 1998; pues bien, aunque se desconoce la fecha de tal ejecutoria, advierte la Sala que en la providencia del 8 de septiembre de 2003, en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito declaró la cesación del procedimiento por el delito de peculado culposo, se dice que "han transcurrido 5 años y cinco días desde la ejecutoria de la resolución de acusación -por ese delito- proferida en contra de CÉSAR AUGUSTO

*GAMBOA VALENCIA*¹⁴, que es la misma providencia en la que se evidenció que dicho señor no cometió los delitos que hasta ese momento se le imputaban (peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público).

En este orden de ideas, si para el 8 de septiembre de 2003 ya habían transcurrido 5 años y 5 días desde la ejecutoria de la mencionada providencia del 16 de julio de 1998, con mayor razón, para el 6 de septiembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, ya estaba más que vencido el término de caducidad de los 2 años».

1.2. Fundamentos de la solicitud

El tutelante consideró que en la anterior providencia se configuraron los siguientes defectos: **procedimental absoluto, fáctico y decisión sin motivación.**

Lo anterior al explicar que la autoridad judicial cuestionada actuó al margen del procedimiento establecido, pues si en el trámite de segunda instancia no era objeto de debate ni de discusión la caducidad de la acción, era deber aplicar el **principio de congruencia y resolver sobre el objeto de controversia en la alzada**, pues si bien tiene competencia para declarar de oficio la caducidad, presupone esa facultad que tal situación se haya discutido dentro del proceso para que las partes tengan la oportunidad de defenderse o al menos pronunciarse frente a esa situación, lo que no ocurrió, pues la parte actora fue sorprendida con esa decisión, que además es contraria a derecho por cuanto la demanda se presentó antes de cumplirse los 2 años desde cuando el procesado fue absuelto.

Afirmó que, lo que procedía era que la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado resolviera de fondo la alzada **con respeto del principio de congruencia** y evaluar la caducidad conforme a la realidad procesal, lo que no hizo, esto es que, al señor **GAMBOA VALENCIA** lo absolvieron el 8 de septiembre de 2003 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2005.

Finalmente, sostuvo que en *«el presente caso la motivación de la declaratoria de caducidad y esa decisión no estaban ya dentro de la órbita funcional de la sección Tercera del Consejo de Estado, pero si en gracia de discusión se aceptara tal argumento, debió*

¹⁴ «Folio 230 del cuaderno 1».

seguir la regla de verificación de la caducidad, según la cual al actor lo absolvieron el 8 de septiembre de 2003 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2005, por tanto no hay prueba de la caducidad decretada en la sentencia objeto de esta acción de tutela».

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de sus derechos fundamentales, en la tutela requirió:

«Por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, con el debido respeto, solicito al Honorable Consejo de Estado tutelar los derechos fundamentales del suscrito actor y mi familia, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, vulnerados por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado conforme a los hechos de la presente acción y como consecuencia de ello, se ordenará a la Sala accionada, dejar sin efectos la sentencia del 1 de marzo de 2018 dentro del proceso radicado con el número: 76001-23-31-000-200500387-01 (43.852), con ponencia del doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO, y en su lugar, proferir una nueva sentencia en la que se aplique el principio de congruencia y se resuelvan los argumentos de fondo del recurso de apelación por no haber operado la caducidad de la acción declarada de oficio en la sentencia que motiva la acción de tutela».

2. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 5 de julio de 2018,¹⁵ admitió la tutela y ordenó notificar a los Magistrados de la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado.

De igual manera dispuso vincular a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca; a la Fiscalía General de la Nación; a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a los ciudadanos¹⁶ Brígida Valencia Viuda de Gamboa, César Augusto Gamboa Domínguez, Gustavo Adolfo Gamboa Domínguez, Mauricio Stiven Gamboa Domínguez, María Delfrida Gamboa Valencia, José Kenny Gamboa Valencia, Henry Gamboa Valencia, María Humildad Gamboa Valencia, Nancy Gamboa Valencia, Cruz Ermira Gamboa Valencia, Brígida Gamboa Valencia, Francis Paul Gamboa Valencia y Everlyn Gamboa

¹⁵ Fl. 57.

¹⁶ En cumplimiento del auto admisorio, el tutelante allegó correo electrónico informado las direcciones físicas de notificación de quienes también fueron demandantes en el proceso ordinario (fls. 71 – 72). Con la anterior información, la Secretaría General de la Corporación remitió los oficios de rigor, para notificar a los terceros con interés (fls. 73 -77).

Valencia, por tener interés en el proceso.

Finalmente, ordenó la publicación del auto en la página web del Consejo de Estado.¹⁷

3. Intervenciones

Remitidos los oficios de rigor,¹⁸ se recibieron las siguientes:

3.1. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Al intervenir solicitó, por un lado, que se declare probada la excepción de «*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*», toda vez que dicha entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno del actor.¹⁹

Por el otro, requirió que se despachen desfavorablemente las súplicas presentadas en la acción de tutela, al considerar que es improcedente la acción de tutela por inexistencia o ausencia de las causales de procedencia contra providencia judicial y perjuicio irremediable.

3.2. La Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado

Al contestar la tutela, manifestó:²⁰

«En mi condición de ponente de la providencia proferida en el proceso 76001-2331-000-2005-00387-01, la cual fue cuestionada a través de la acción de tutela de la referencia, pongo de presente que dicha decisión, contrario a comportar una violación al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, se halla fundada en las pruebas válidamente allegadas al proceso y en las normas procesales de orden público y de irrenunciable acatamiento que definen la manera de contar el término de caducidad de la acción de reparación directa, como puede apreciarse del texto de la misma (se anexa la respectiva providencia).

Debe recordarse que la acción de tutela no es procedente cuando la censura del actor radica exclusivamente en la discrepancia con la decisión adoptada, como ocurre en este caso, en el cual es evidente que la demandante pretende que se profiera un nuevo fallo en el que se acceda a sus pretensiones, ya que no comparte la manera como la Sala contó el término de caducidad al resolver el recurso de apelación contra

¹⁷ Fl. 66. La Oficina de Sistemas de la Entidad dio cumplimiento a la publicación.

¹⁸ Fls 58 – 66.

¹⁹ Fls. 68 – 70.

²⁰ Fl. 80.

la sentencia del 6 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones por las cuales considero que la acción de tutela de la referencia no está llamada a prosperar».

3.1. La Fiscalía General de la Nación

Al intervenir solicitó, por un lado, declarar la improcedencia del presente mecanismo constitucional, toda vez que el tutelante no argumentó en debida forma las causales especiales de procedibilidad invocadas y, por el otro, hay que tener en cuenta que, la autoridad judicial cuestionada valoró y falló con relación a las pruebas allegadas al proceso ordinario.²¹

Así las cosas, sostuvo que lo que realmente pretende el demandante es convertir un mecanismo subsidiario y residual como es la tutela, en una instancia adicional. La acción de tutela no debe ser entendida como una tercera instancia, en la que se pretenda reactivar el debate jurídico y probatorio ya surtido en el proceso ordinario, pues en armonía con su carácter constitucional, residual y subsidiario, su objeto se restringe a verificar la vulneración de derechos fundamentales y no debatir las divergencias que se tengan frente a una decisión judicial, situación que en sí misma genera su improcedencia.

4. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 26 de septiembre de 2018, **negó** el amparo deprecado.²²

Lo anterior, por considerar que la autoridad judicial demandada explicó con claridad y suficiencia las razones por las que el término de caducidad se empezó a contar desde que se varió el tipo penal de peculado por apropiación, por el de peculado culposo, el cual no conllevaba a la imposición de medida de aseguramiento alguna.

Sostuvo que no era de recibo el argumento del actor, según el cual, el término de caducidad de la acción debió empezar a contar

²¹ Fls. 92 – 95.

²² Fls. 110 – 115.

a partir de la ejecutoria de la sentencia del 8 de septiembre de 2003, cuando el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura decretó la cesación de todo procedimiento por haber operado la prescripción de la acción penal, pues como quedó expuesto el daño cuya indemnización se pretendía derivaba de la privación de la libertad del señor **GAMBOA VALENCIA**.

Para concluir el *a quo* que, la decisión del juez natural del conocimiento se encuentra razonada y suficientemente sustentada a la luz de las normas que rigen la materia y la jurisprudencia vigente, sin que pueda ser catalogada como una actuación vulneradora de derechos fundamentales.

5. La impugnación

La anterior decisión fue impugnada, por la parte accionante, quien la sustentó reiterando los argumentos expuestos en el escrito inicial frente la violación del principio de congruencia, con lo que incurrió en los defectos alegados.²³

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto No. 1069 de 2015 modificado por el Decreto No. 1983 de 2017, así como el Acuerdo No. 55 de 2003 de la Sala Plena de la Corporación.

2. Cuestión previa

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial solicitó declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, en el trámite de instancia, respecto a lo cual, el *a quo* no se pronunció.

Esta Sala de Decisión declarará no probada la excepción propuesta, toda vez que su vinculación al presente proceso fue en

²³ Fls. 130 – 138. El fallo de primera instancia se notificó por correo electrónico el 4 de octubre de 2018 (fls. 116 – 129). La impugnación se radicó el día 5 de ese mes y año, es decir, dentro del término establecido por el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

calidad de tercero con interés, por haber sido parte en el proceso ordinario y no como entidad accionada.

3. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.
- ii. Si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación.

4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,²⁴ venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²⁵ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y

²⁴ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C Y OTROS.

²⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.²⁶

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²⁷

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».²⁸ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **«fijados hasta el momento jurisprudencialmente»**.

²⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁷ Se dijo en la mencionada sentencia: «**DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia**».

²⁸ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,²⁹ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

5. Análisis del requisito de procedibilidad adjetivo de la subsidiariedad

La Sala analizará este requisito de procedibilidad adjetiva, en consideración a que, aun cuando la primera instancia consideró que concurría, no realizó un análisis de cara al caso concreto, pues el mismo no puede darse por superado, como pasa a explicarse.

En primer lugar, hay que indicar, frente a los otros dos requisitos de procedibilidad, no hay reproche alguno, pues no se trata de tutela contra tutela, ello por cuanto, se cuestionada la providencia proferida en segunda instancia, dentro de un proceso de reparación directa.

En cuanto la inmediatez, la acción constitucional se ejerció dentro de un término razonable, en razón a que dicho fallo quedó ejecutoriado el **15 de marzo de 2018**,³⁰ y tutela se radicó el **3 de julio del año en curso**.³¹

²⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actora: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁰ La providencia cuestionada se notificó por edicto desfijado el 12 de marzo de 2018 (fl. 447. Exp. Ord.).

³¹ Fl. 1.

En segundo lugar, en cuanto al requisito de la subsidiariedad, como se dejó asentado en el numeral 1.2 de los antecedentes, los **defectos: procedimental absoluto, fáctico y decisión sin motivación**, que soportan la presente tutela, buscan cimentar la tesis principal que la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado al declarar la caducidad de la acción de reparación directa, en la providencia judicial cuestionada, **desconoció o violó el principio de congruencia**, toda vez que en el trámite de segunda instancia no era objeto de debate ni de discusión aquel fenómeno jurídico y solo tenía competencia para resolver sobre el objeto de controversia en la alzada, es decir, si la privación de la libertad sufrida por del señor **GAMBOA VALENCIA** fue injusta.

Para esta Sala el cargo planteado por la parte actora encaja en una de las causales propias del **recurso extraordinario de revisión**, como puede acontecer con aquella prevista en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA, que incluye temas tan importantes como la **congruencia**, siendo este un mecanismo judicial idóneo como lo ha sostenido en forma reiterada esta Sección.³²

El principio de congruencia que debe existir en toda providencia judicial. Este principio lo regula en el artículo 281 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

«La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley».

Por otro lado, el Consejo de Estado a través de sus Salas Especiales de Decisión ha establecido que la nulidad originada en la sentencia, se puede invocar como una causal para la procedencia del recurso extraordinario de revisión,³³ incluso por el **vicio de incongruencia**.

Sobre el particular, la Sala Especial de Decisión No. 22 de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, en providencia del 2 de febrero de 2016, dentro

³² Ver pie de página No. 1.

³³ Artículos 248 a 255 del CPACA.

del recurso extraordinario de revisión radicado No. 11001-03-15-000-2015-02342-00 y actor Luis Ángel Torres Gómez, manifestó:

«2.6. Desconocimiento del principio de congruencia como causal de nulidad de la sentencia

Dentro del contexto expuesto en el acápite anterior, la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa ha indicado que debe aceptarse que la causal 6ª del artículo 188 del C.C.A., hoy 5 del artículo 250 del CPACA, por nulidad originada en la sentencia, se configura, entre otras razones, cuando al demandado se le condena por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en la misma.

Circunstancia que también podría encuadrarse en la causal de falta de competencia, en este caso, en cuanto el juez se pronuncia por fuera de los límites impuestos en la causa petendi.

Ello significa que es procedente el recurso extraordinario de revisión contra los fallos dictados por esta jurisdicción en segunda instancia o única, si se alega el desconocimiento del **principio de la congruencia**, que en últimas implica una actuación sin competencia.

...
En términos generales, la congruencia se entiende como el deber legal que tienen los funcionarios judiciales al emitir sus decisiones de no incurrir en fallos *ultrapetita*, *extrapetita* o *minuspetita*...

Además, la congruencia también se puede calificar según las relaciones que se produzcan entre la sentencia, entendida como un todo, y lo pedido y planteado por las partes.

...
En este orden de ideas, esta Sala Especial advierte, conforme a lo expuesto, que la causal de revisión contenida en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA -antes 6 del artículo 188 del C.C.A.-, es decir, nulidad originada en la sentencia, se puede configurar cuando el fallo objeto de revisión ha desatendido la congruencia interna y/o la externa, pues, en uno y otro caso, el fallador incurre en una clara violación del debido proceso, artículo 29 constitucional, dado que la providencia proferida en esos términos resulta contraria a las formas propias de cada juicio...».

En vista de lo anterior, para este juez constitucional es evidente que el tutelante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para la protección de sus derechos fundamentales, pues según lo sostiene aquél, la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver la segunda instancia, declaró la caducidad de la acción de reparación directa, cuando esta no fue una de las problemáticas planteadas en el recurso de apelación del proceso ordinario, por lo que puede acudir al recurso extraordinario de revisión que dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-659 del 22 de octubre de 2015, afirmó que el recurso extraordinario de revisión «...será eficaz cuando “i) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental”, o “ii) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (a) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho.”», presupuestos que se cumplen, toda vez que, el **tutelante** planteó como violado su derecho fundamental al debido proceso, cuya protección es viable activarse mediante dicho recurso por existir causal de revisión como se explicó.

Por lo anterior, este juez constitucional revocará la providencia impugnada, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para en su lugar, declarar la improcedencia del presente mecanismo constitucional, por no superar el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probada la **excepción** de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de acuerdo con lo expresado en este proveído.

SEGUNDO: Revocar el fallo de tutela de primera instancia, del 26 de septiembre de 2018, por medio del cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo deprecado por el señor **CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA** y, en su lugar, declarar la **improcedencia**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

CUARTO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

QUINTO: Devolver el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1





**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA QUINTA ESPECIAL DE DECISIÓN**

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001-03-15-000-2019-00788-00
Demandante: CÉSAR AUGUSTO GAMBOA VALENCIA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Temas: Recurso extraordinario de revisión. Causales primera y quinta del artículo 250 del CPACA.

Recurso extraordinario de revisión

La Sala decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto mediante apoderado judicial por César Augusto Gamboa Valencia, contra la sentencia del 1 de marzo de 2018 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, que confirmó el fallo del 6 de julio de 2011 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Antecedentes administrativos y demanda

El señor César Augusto Gamboa Valencia se desempeñaba como Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la Alcaldía de Buenaventura y, el 25 de junio de 1997, la Fiscalía 95 Seccional de Santiago de Cali le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, por la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación, falsedad material e ideológica en documento público y ordenó la reclusión en la cárcel del Distrito Judicial Vista Hermosa de Cali, donde permaneció privado de la libertad durante 6 meses y 6 días, fue suspendido de su cargo y, posteriormente, desvinculado del mismo.

La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia del 5 de febrero de 1997, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que decretó la medida de aseguramiento y resolvió sustituir la medida de detención preventiva por la de conminación, porque la conducta por la que debía responder era la de peculado culposo y no las de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y falsedad material de empleado oficial en documento público. En consecuencia, dispuso la libertad inmediata.

Sin embargo, la Fiscalía 95 Seccional de Santiago de Cali, en resolución interlocutoria 015 del 13 de febrero de 1998, profirió resolución de acusación como presunto coautor por los delitos de “falsedad ideológica en documento público en concurso con el peculado por apropiación” y, en ese sentido, determinó que la



medida de aseguramiento seguía siendo la detención preventiva, por lo que, revocó la libertad provisional ordenada y dispuso librar las órdenes de captura pertinentes.

El 16 de julio de 1998, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali resolvió los recursos de apelación interpuestos por los procesados y por el Ministerio Público contra la decisión y confirmó la resolución de acusación por el delito de peculado contra el señor César Augusto Gamboa Valencia *“con la modificación y aclaración de que dicho cargo procede no en la modalidad de apropiación sino por el de peculado culposo”* y, en consecuencia, dispuso que continuara vigente la medida de conminación que había impuesto en la providencia del 5 de febrero de 1997 y, el 16 de julio de 1998, precluyó la investigación por los delitos de falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público.

El 8 de septiembre de 2003, el Juzgado Primero Penal del Circuito decretó la cesación del procedimiento en favor de César Augusto Gamboa Valencia, por haber operado la prescripción de la acción penal respecto del delito por peculado culposo y ordenó levantar la medida cautelar que recaía en su contra con ocasión de ese proceso.

El 6 de septiembre de 2005, los señores César Augusto Gamboa Valencia y otros ejercieron acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se declarara la responsabilidad administrativa por la falla del servicio que ocasionó la presunta privación injusta de la libertad, entre el 27 de junio de 1997 y el 2 de enero de 1998.

2. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 6 de julio de 2011, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se acreditó que la privación de la libertad de César Augusto Gamboa Valencia obedeció a una falla del servicio de la administración de justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación, en tanto, las decisiones de la entidad se ajustaron a derecho, tuvo en cuenta las pruebas recaudadas en el proceso penal y, en consecuencia, la detención no pudo calificarse de injusta, de arbitraria, ni de ilegal.

3. Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, para lo cual insistió en que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali revocó la medida de aseguramiento y ordenó la libertad inmediata al encontrar que no cometió los delitos que motivaron su detención, estos son, los de peculado por apropiación, falsedad material en documento público y falsedad ideológica en documento público.

Que, si bien, posteriormente la investigación continuó por el delito de peculado culposo, por ese delito no correspondía imponerse medida de aseguramiento sino conminación, la investigación precluyó por prescripción de la acción penal, por lo que consideró que la privación de la libertad fue injusta.



4. Sentencia recurrida en revisión

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 1 de marzo de 2018, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró que operó la caducidad de la acción, pues, si bien, la providencia que puso fin al proceso penal adelantado en contra de César Augusto Gamboa Valencia respecto del delito de peculado culposo fue proferida el 8 de septiembre de 2003, de las pretensiones de la demanda de reparación directa y en el recurso de apelación, se evidenció que el daño por el que se demandó se consolidó en 1998.

Lo anterior, porque con la providencia del 16 de julio de 1998, la Fiscalía precluyó la investigación por los delitos de falsedad material en documento público y falsedad ideológica en documento público y modificó el tipo penal del peculado por apropiación a peculado culposo -dada la ausencia del elemento doloso necesario para la configuración de aquél-, de modo que, a partir de ese momento podía reclamar por la que consideró una privación injusta de su derecho fundamental a la libertad, pues, con dicha providencia tuvo certeza de la ocurrencia de dicho daño.

En consecuencia, el término de la caducidad empezó a contar a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia del 16 de julio de 1998, de manera que, para el 6 de septiembre de 2005, fecha de presentación de la demanda de reparación directa, ya estaba vencido el término de caducidad de los 2 años.

El señor Gamboa Valencia interpuso acción de tutela contra la decisión judicial, la segunda instancia correspondió a la Sección Quinta del Consejo de Estado, que, en providencia del 21 de noviembre de 2018, declaró improcedente el amparo por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad, en tanto el cargo planteado por la parte actora encajaba en la causal quinta del artículo 250 del CPACA, que incluye temas relacionados con la falta de congruencia.

II. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

1. Escrito del recurso extraordinario de revisión

El señor César Augusto Gamboa Valencia interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 1 de marzo de 2018, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, que declaró la caducidad de la acción de reparación directa incoada, amparado en las *causales 1 y 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Para sustentar los cargos manifestó que:

En cuanto a la causal quinta. El objeto del recurso de apelación se basó en la decisión de preclusión de la investigación penal y en que se probó el daño antijurídico alegado, sin embargo, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, al resolver sobre el mismo, declaró la caducidad de la acción, sin que ese asunto fuera objeto de discusión, lo cual le impidió pronunciarse al respecto en el trámite del proceso.



Adicionalmente, dijo que la decisión fue contraria a derecho porque el señor Gamboa Valencia fue absuelto en providencia del 8 de septiembre de 2003 y la demanda se presentó el 6 de septiembre de 2005, es decir, antes de cumplirse los dos años del término de caducidad.

En relación con la causal primera, señaló que con el fallo de tutela, que declaró improcedente el mecanismo por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad, *“queda en evidencia que se presentó una nulidad derivada de la sentencia de segunda instancia y eso hace procedente el recurso extraordinario de revisión”*.

Al respecto, indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el referido fallo de tutela -del 21 de noviembre de 2018-, puso de presente que la Sala Especial de Decisión Nro. 22 de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de febrero de 2016, reconoció que la violación del principio de congruencia es una causal de nulidad que hace procedente el recurso extraordinario de revisión.

Adicionalmente afirmó *“(...) si en el proceso de reparación directa se hubiesen incorporado la providencia citada y la sentencia de tutela, no se habría decretado de oficio la caducidad de la acción, cuando la misma no era objeto de controversia dentro del proceso contencioso administrativo. Por lo tanto estas dos providencias son documentos decisivos que hubieran motivado una decisión diferente a la que es objeto de revisión”*, sin explicar las razones de esa afirmación.

2. Trámite procesal

En auto del 8 de mayo de 2019, se admitió el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor César Augusto Gamboa Valencia, se ordenaron las notificaciones de rigor¹ y, por secretaría, se solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la remisión del expediente, en calidad de préstamo, dentro del cual se tramitó el proceso de reparación directa con radicado número: 760012331000200500387101.

3. Contestación al recurso

La **Fiscalía General de la Nación** hizo relación de los hechos del proceso penal, de la acción de reparación directa y de los cargos del recurso extraordinario de revisión. Al respecto, señaló que ni los fundamentos alegados ni los documentos aportados con el recurso extraordinario de revisión por la parte actora sustentan su procedencia, en tanto alega hechos que no se enmarcan en las causales establecidas por el legislador en el artículo 250 del CPACA.

Alegó que el recurso extraordinario de revisión es un medio de impugnación excepcional que está restringido a las causales determinadas por el legislador e indicó que la caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal tiene fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política, en cuanto a la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico, a fin de

¹ Se ordenó notificar personalmente del recurso a la Fiscalía General de la Nación, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (folio 103 cp).



garantizar el principio de seguridad jurídica. Al efecto, citó la sentencia C – 115 de 1998, mediante la que la Corte Constitucional declaró constitucional el límite temporal establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En general, se refirió ampliamente a la figura jurídica de la caducidad y agregó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la ocurrencia de la caducidad conlleva a que se configure la falta de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del contenido material de las pretensiones de la demanda, que, por lo tanto, ante ese supuesto procede la terminación del proceso.

En suma, se opuso a la prosperidad del recurso y solicitó desestimarlos.

4. Concepto del Ministerio Público

La **Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado** rindió concepto número 131 – 2019, en el que luego de hacer relación de los hechos, pretensiones y cargos del recurso, señaló que no se configuran las causales invocadas por el recurrente, como se pasa a resumir.

Para que la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 250 del CPACA tenga vocación de prosperidad debe versar únicamente sobre la prueba documental preexistente a la sentencia objeto de revisión, por lo que, no se admite la configuración de la causal cuando se trata de otro tipo de pruebas, como testimonios, experticias, informes técnicos o exámenes médicos especializados, o cuando ésta es producida u obtenida de manera posterior a la sentencia que se revisa.

En cuanto a la causal establecida en el numeral 5 del mismo artículo, hizo referencia a los casos en los que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se configura dicha causal y sostuvo que, en el caso concreto, no hay reparo alguno frente a las formalidades de la providencia atacada.

En cuanto a los alegatos relacionados con la declaratoria de caducidad, sostuvo que el juez de segunda instancia era competente para declarar de oficio la caducidad, que, en los temas de privación injusta de la libertad el término empieza a correr a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, en este caso, a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia del 16 de julio de 1998, mediante la que la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali ordenó la libertad inmediata de quien era el acusado, por la preclusión de los delitos de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público y falsedad ideológica en documento público, delitos estos que originaron la privación de la libertad, atribuyéndole únicamente el delito de peculado culposo.

Que efectivamente operó la caducidad declarada por el Consejo de Estado, porque fue la decisión del 16 de julio de 1998 la que precluyó la investigación por los delitos por los que el señor César Augusto Gamboa Valencia fue privado de la libertad, con los que se habría causado el presunto daño que buscó resarcir con la acción de reparación directa interpuesta.



Concluyó que no se acreditaron los presupuestos para que prospere el recurso extraordinario de revisión y que finalmente se demostró dentro del proceso ordinario que operó el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa.

5. Intervención de los terceros con interés

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** no se pronunció respecto del recurso extraordinario de la referencia.

Dado que la parte actora ni los intervinientes solicitaron pruebas dentro de la oportunidad procesal correspondiente, se da por prescindida la etapa de pruebas y sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso deprecado.

6. Cuestión previa

La Consejera Rocío Araújo Oñate, mediante escrito del 26 de noviembre de 2020, manifestó a la Sala estar impedida para conocer del proceso de la referencia por estar incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso. Mediante auto del 16 de diciembre de 2020 la Sala declaró fundado el impedimento y separó del conocimiento del presente proceso a la Consejera Rocío Araújo Oñate.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 249 del CPACA, de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión.

El Acuerdo 321 del 2 de diciembre de 2014, expedido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, reglamentó la integración y funcionamiento de las Salas Especiales de Decisión de que trata el artículo 107 de la Ley 1437 de 2011.

Por su parte, el numeral 1 del artículo 29 del Acuerdo 080 de 2019, asigna la competencia a las Salas Especiales de Decisión de los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado.

De acuerdo con lo anterior, a la Sala Quinta Especial de Decisión del Consejo de Estado le corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor César Augusto Gamboa Valencia contra la sentencia del 1 de marzo de 2018, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, que declaró la caducidad de la acción de reparación directa.



2. Oportunidad del recurso

El recurso extraordinario de revisión se presentó el 22 de febrero de 2019², es decir, en vigencia del CPACA, por lo que, es procedente revisar el término de interposición, conforme con lo previsto en el artículo 251 *ejusdem*, según el cual, el recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia³.

Comoquiera que la sentencia que se cuestiona quedó ejecutoriada el 12 de marzo de 2018⁴ y el recurso extraordinario de revisión se presentó el 22 de febrero de 2019, es claro que la demanda se presentó dentro del término.

3. Legitimación en la causa

Respecto del señor César Augusto Gamboa Valencia recae el interés jurídico que se debate en el *sub examine*, en tanto que, fue la parte demandante vencida dentro de la acción de reparación directa objeto de reproche. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, está legitimada, pues fue parte demandada en dicho proceso.

La Sala procede a pronunciarse respecto de: **(i)** la naturaleza y marco legal de recurso extraordinario de revisión y, **(ii)** el alcance y requisitos de las causales primera y quinta del artículo 250 del CPACA.

4. Naturaleza y marco legal de recurso extraordinario de revisión

En los términos del artículo 249 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos, en los eventos contemplados en el artículo 250 del CPACA⁵.

² Folio 1 y 101 del cuaderno principal.

³ "Artículo 251. Término para interponer el recurso. El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia.

En los casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo precedente, deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.

En el caso del numeral 7, el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso.

En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio".

⁴ Según consta a folio 54 del cuaderno principal y a folio 447 del cuaderno en préstamo.

⁵ "Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.



Respecto de la naturaleza del recurso extraordinario de revisión, la Corte Constitucional ubica al recurso extraordinario de revisión como una verdadera acción contra decisiones injustas, a fin de restablecer la justicia material⁶, en el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la Sala Especial Número Tres⁷, explicó que, en general, es un medio de impugnación excepcional contra la sentencia, que permite el rompimiento del principio de cosa juzgada. Se propone con el fin de restablecer tanto *el imperio de la justicia* como *la vigencia del ordenamiento jurídico*, que pueden resultar quebrantados por las sentencias injustas.

Dicho recurso, sin embargo, no es el mecanismo para cuestionar la actividad interpretativa, ni la valoración probatoria del juez, ni para que el afectado con la sentencia proponga cuestiones que no alegó oportunamente en el proceso originario. Es un instrumento para discutir y ventilar ciertos *hechos procesales externos a la labor funcional del juez, que pueden llegar a afectar el principio de justicia material*.

De ahí que, el ámbito de revisión esté restringido por las causales que el legislador ha determinado de manera taxativa, causales que, en todo caso, por tratarse de situaciones excepcionales contra el valor de la cosa juzgada, no admiten interpretaciones más allá de lo que en buena ley se deduce de su texto.

Las causales de revisión previstas en el artículo 250 CPACA básicamente tienen que ver con hechos como la falsedad, el fraude, el error, la aparición de documentos decisivos que hubieren modificado el sentido de la decisión o incluso la violación del debido proceso. Esas causales, como es apenas obvio, no aluden a errores sustanciales que puedan derivarse de la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma sustancial. No es un recurso que proceda por violación de la ley⁸.

5. Del alcance de la causal primera: -“Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”.

De la lectura del numeral 1 del artículo 250 del CPACA, es posible advertir que para que se configure la causal, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) tratarse de **documentos decisivos** que se hayan “**encontrado**” o “**recobrado**”; (ii) los documentos deben ser encontrados o recuperados **después de haberse proferido la sentencia**; (iii) tener la entidad suficiente para **hacer variar la decisión** y, (iv) la causa por la que no se aportaron debe obedecer a “**fuerza mayor**”, “**caso fortuito**” o “**por obra de la parte contraria**”.

7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

⁶ Sentencia C-418 de 1994.

⁷ Ver, sentencia del 6 de septiembre de 2016, expediente con radicado número: 11001031500020130199800. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Sala Especial de Decisión número 3.

⁸ *Ibídem*.



Por lo tanto, la causal únicamente admite la aparición de pruebas documentales después de proferida la sentencia, que de haber existido durante el trámite del proceso cuestionado, habría sido otra la decisión, es decir, solo resultan admisibles aquellos medios probatorios documentales con vocación de hacer variar el sentido de la decisión y que no hayan podido ser aportados en el momento procesal correspondiente por causas de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

Quiere decir lo anterior que, al margen de la importancia e incidencia de los documentos en el sentido de la decisión, si no se aportaron con oportunidad, por negligencia, olvido o inactividad del interesado, la causal no está llamada a prosperar, salvo que tal omisión atienda a una circunstancia de *fuerza mayor*, *caso fortuito* o sea *atribuible a la contraparte*.

Luego, será la parte interesada a quien le atañe demostrar que la omisión en aportar los medios probatorios pertinentes obedeció a alguna de dichas causas, sin que sea posible entonces invocar la causal para subsanar la desidia, negligencia o inactividad de las partes en aportar o solicitar los medios probatorios.

6. Del alcance y requisitos de la causal quinta: -“(...) 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

De la lectura del numeral 5 del artículo 250 del CPACA, es posible advertir que para que se configure la causal, deben concurrir los siguientes requisitos: **(i)** que la providencia que es recurrida mediante el recurso extraordinario de revisión ponga fin al proceso; **(ii)** que contra esta decisión no proceda el recurso de apelación y, **(iii)** que la nulidad alegada haya ocurrido en el momento en que se dictó la sentencia y no antes⁹.

Pues bien, por regla general, los motivos de nulidad que afectan la sentencia son aquellos eventos descritos en el artículo 133 del Código General del Proceso¹⁰ –

⁹ Recuérdese, que de conformidad con el párrafo del artículo 133 del Código General del Proceso, las demás irregularidades del proceso que no se impugnan oportunamente por los mecanismos que establece el código se tendrán por subsanadas.

¹⁰ La comprensión del artículo 133 del Código General del Proceso permite advertir que las causales de nulidad tienen que ver básicamente con sucesos del siguiente orden:

1. Que el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Que el juez proceda contra providencia ejecutoriada del superior, revista un proceso legalmente concluido o pretermita íntegramente la respectiva instancia.
3. Que se adelante después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanude antes de la oportunidad debida.
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.
6. Cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.
7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo



antes el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil – y por violación del artículo 29 de la Constitución Política¹¹, ocurre lo propio en las distintas jurisdicciones¹².

Será entonces, en los eventos en los que algunas de las circunstancias descritas en la precitada norma se configuren en el momento procesal de la expedición de la sentencia que se habilita el recurso extraordinario de revisión¹³, pues recuérdese, que de conformidad con el parágrafo del artículo 133 del Código General del Proceso, las demás irregularidades del proceso que no se impugnan oportunamente se tendrán por subsanadas y que, en los términos del inciso final del artículo 135 *ejusdem*, será rechazada de plano toda solicitud de nulidad que se funde en hechos que se propongan después de saneada la nulidad, sin perjuicio de las nulidades insaneables que escribe el parágrafo del artículo 136 de la misma norma.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de mayo de 2011, en el expediente con radicado número: 11001-03-15-000-2008-00294-00, identificó algunos eventos es los que se predica la existencia de la nulidad originada en la sentencia, en los siguientes términos:

“En síntesis, la nulidad que tiene origen en la sentencia se presenta por i) falta de jurisdicción o competencia, ii) cuando se dicta nueva sentencia en proceso terminado normalmente por sentencia firme, iii) cuando sin más actuación se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual hubiera sido aceptado el desistimiento, aprobada la transacción o declarada la perención del proceso, iv) cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el previo trámite correspondiente, v) cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en ésta, vi) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, vii) o cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en estos casos, antes de la oportunidad debida, viii) cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley, ix) cuando la providencia carece completamente de motivación¹⁴”.

Aunado a lo anterior, esta Corporación ha previsto que la causal de nulidad originada en la sentencia también comprende la violación **al principio de congruencia**, así:

ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

¹¹ La Corte Constitucional en las sentencias C-491 de 1995, C-217 de 1996 y C-739 de 2001 precisó que la nulidad originada en la sentencia no se restringe a las causales que prevé el Código General del Proceso – antes Código de Procedimiento Civil-, que, adicionalmente, puede derivar de la violación al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

¹² La jurisdicción civil [Artículos 379 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.], la jurisdicción penal [Artículos 192 y siguientes de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal], la jurisdicción ordinaria laboral [Artículo 62 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral] y la jurisdicción de los contencioso administrativo [artículo 250 y siguientes del Código de lo Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo].

¹³ Salvo algunos eventos en los que, a pesar de presentarse en un momento previo a la emisión del fallo, no pudo ser advertida por el afectado, caso en el cual el interesado tiene la carga de probar que no tuvo la oportunidad de proponer la nulidad o alegar el vicio oportunamente. De lo contrario, la causal de revisión en cuestión se convertiría en una anormal oportunidad para que las partes subsanen las omisiones del proceso ordinario y aleguen nulidades o errores procesales que debieron proponer dentro del término oportuno. Al respecto, ver sentencias del 3 de diciembre de 2019, expediente con radicado número: 11001-03-15-000-2018-01235-00 y del 3 de diciembre de 2019, expediente con radicado número: 11001-03-15-000-20120-00643-00.

¹⁴ Al respecto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 20 de octubre de 2009, dentro del expediente con radicado número: 2003-00133-00, señaló que la nulidad originada en la sentencia **por ausencia de motivación**, se presenta solamente ante la carencia total de pronunciamiento del juez sobre las razones de hecho o de derecho que le permiten arribar a una decisión.



“Ahora bien, la causal quinta del artículo 250 del CPACA también comprende la violación del principio de congruencia cuando al accionado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en ésta; también se configura en el evento que la sentencia no se pronuncie sobre todos los puntos litigiosos objeto del debate (cifra petita)”¹⁵

Se resalta que la Sala Plena de esta Corporación dio un nuevo alcance a la referida causal, en lo que concierne al derecho al debido proceso. En sentencia de unificación del 8 de mayo de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en el expediente con radicado número: 11001-03-15-000-1998-00153-01¹⁶, se refirió ampliamente al derecho a la tutela judicial efectiva o recurso judicial efectivo y consideró que **el recurso de revisión y las causales que dan lugar a su solicitud, constituyen un mecanismo judicial destinado a la protección de derechos fundamentales como el de acceso a la justicia y el debido proceso**, es decir, es un instrumento o medio de control adicional que el legislador diseñó para la protección de esos derechos fundamentales y, por tanto, hacen parte del haz de acciones para la satisfacción plena del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁷.

Al respecto, precisó que toda persona tiene derecho al debido proceso y, por tal razón, a que los procesos judiciales sean resueltos de fondo cuando el cumplimiento de los presupuestos procesales así lo permita, pues de lo contrario, iría en detrimento no solo del derecho al debido proceso, sino del derecho de acceso a una real y efectiva administración de justicia, dado que la no resolución de las controversias judiciales, fundada en motivos caprichosos, equivale a una falta de tutela judicial efectiva y, en forma genérica a una vulneración al debido proceso.

Por tal razón, la Sala concluyó, que también hay una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, artículo 29 Constitucional, cuando una autoridad judicial dicte sin fundamento válido, razonable, una sentencia inhibitoria, por considerarla una clara denegación de justicia.

Al tiempo, estableció que, en adelante, *«los eventos definidos tradicionalmente por la jurisprudencia de esta Corporación como constitutivos de **nulidades originadas en sentencia**, no son taxativos»*.

En ese sentido, en aras de hacer efectivos los derechos a la tutela judicial efectiva, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, estableció como subregla jurisprudencial: *es deber del juez decidir de fondo los litigios cuando las circunstancias así se lo permitan, lo que significa que la violación a tales preceptos cuando se expide un fallo inhibitorio injustificado también configura la causal de revisión alegada*.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2018, Rad. REV 2014-00440-00.

¹⁶ En esa oportunidad, la Sala Plena estableció que se configura la nulidad originada en la sentencia **i)** cuando se presenta alguno de los hechos enlistados en el artículo 140 del C. P. C, vigente para la época en que se dictó el fallo de segunda instancia, objeto del recurso de revisión, [actualmente artículo 133 del Código General del Proceso] y **ii)** por desconocimiento del artículo 29 de la Carta Política, como expresamente lo reconoció esta Corporación en la sentencia de 7 de febrero de 2006, expediente REV-00150 y la Corte Constitucional en la Sentencia C-739 de 2001 y entró a determinar si un **fallo inhibitorio no justificado**, es causal de nulidad constitucional por violación de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a una tutela judicial efectiva.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 21 de junio de 2012, Rad. 11001-03-15-000-2012-00676-00.



Finalmente, se precisa que esta causal no procede para controvertir las razones del fallo ni para corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que, a juicio del recurrente, hubiera incurrido el fallador. Un entendimiento distinto equivaldría a convertir el recurso en un juicio en que se discutirían nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada¹⁸. En los términos de la sentencia del 11 de octubre de 2005¹⁹, “no se trata de controvertir la corrección o incorrección del juzgamiento, ni de corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que a juicio del recurrente hubiera podido incurrir el fallador, pues eso equivaldría a convertir el recurso en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada; sino de la inobservancia de las reglas propias de la sentencia, que vician su validez”.

7. Planteamiento del problema jurídico

En los términos del recurso, a la Sala le corresponde estudiar si la sentencia proferida el 1 de marzo de 2018, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, dentro de la acción de reparación directa con radicado número: 760011233100020050387101, está incurso en las causales de revisión previstas en los numerales 1 y 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Para lo anterior, la Sala procederá a establecer si los argumentos planteados por la parte recurrente se enmarcan dentro de los presupuestos para alegar las causales invocadas, en primer lugar, si existen documentos decisivos, encontrados o recobrados después de haberse proferido la sentencia, con la entidad suficiente para hacer variar la decisión y, de ser así, si se dejaron de aportar por razones de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria y, en segundo lugar, si en la sentencia cuestionada se configuró la falta de congruencia alegada.

8. De la solución al problema jurídico planteado

De entrada la Sala anticipa que las causales invocadas por el señor César Augusto Gamboa Valencia no prosperan, porque los argumentos expuestos en el recurso carecen de todas las condiciones descritas en precedencia para que se configuren.

Causal primera de revisión

Pues bien, en primer lugar, la parte actora no sustentó la causal 1ª del artículo 250 del CPACA ni aludió a algún documento “recobrado después de dictada la sentencia y que el recurrente no pudo aportar”. Esta Sala echa absolutamente de menos la relación de los documentos decisivos que habrían sido encontrados o recobrados después de haberse proferido la sentencia recurrida y que tuvieran la entidad suficiente para hacer variar la decisión y, que, en cuyo caso, no hayan sido aportados por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

¹⁸ Sentencias del 16 de agosto de 2018, expediente con radicado número: 23001-33-31-003-2007-00107-01 [47300], Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, M.P. Guillermo Sánchez Luque Consejo de Estado, que reitera la sentencia del 11 de octubre de 2005, Rad. 00794-00 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

¹⁹ Expediente con radicado número: 11001-03-15-000-2003-00794-01 M.P. Ligia López Díaz, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.



Al respecto, se recuerda que de conformidad con el inciso final del artículo 252 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al recurrente le corresponde acompañar con el recurso las pruebas documentales que tenga en su poder y solicitar las que pretende hacer valer. Sin embargo, como se anticipó, el señor Gamboa Valencia pasó por alto aportar dichas pruebas o pedir las con la interposición del recurso, pues únicamente solicitó, de ser necesario, el expediente en préstamo del proceso ordinario al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

De manera que la Sala no tiene parámetros para resolver el cargo, pues ni siquiera señaló las pruebas documentales respecto de las cuales pudiera efectuar el análisis de la configuración o no de la causal alegada.

Ahora bien, conviene precisar que, en relación con la causal 1 de revisión, el recurrente agregó que, *“(...) si en el proceso de reparación directa se hubiesen incorporado la providencia citada²⁰ y la sentencia de tutela²¹, no se habría decretado de oficio la caducidad de la acción, cuando la misma no era objeto de controversia dentro del proceso contencioso administrativo. Por lo tanto estas dos providencias son documentos decisivos que hubieran motivado una decisión diferente a la que es objeto de revisión”,* es un argumento que se dirige a encuadrar dentro de la causal los dos fallos de tutela -2 de febrero de 2016 y 21 de noviembre de 2018- como <<documentos decisivos con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente>>.

Sin embargo, tal alegato no puede ser tenido en cuenta a efecto de invocar la causal objeto de estudio, si se tiene en cuenta que, las referidas sentencias no cumplen con los requisitos de ser documentos: (i) decisivos, que se hayan “*encontrado*” o “*recobrado*” después de haberse proferido la sentencia, pues uno de ellos se expidió incluso con posterioridad al fallo que se recurre; (ii) de tener la entidad suficiente para hacer variar la decisión, en tanto que, dichos fallos se refieren a la falta de congruencia de la sentencia como causal de revisión y en nada tienen que ver con la caducidad de la acción de reparación directa y el recurrente tampoco señala por qué razón habrían sido decisivos en la decisión, (iii) ni mucho menos, la causa por la que no se aportaron obedece a “*fuerza mayor*”, “*caso fortuito*” o “*por obra de la parte contraria*”, por la elemental razón que no constituyeron pruebas documentales en el proceso de reparación directa, incluso, una de esas sentencias era inexistente para la época en que se profirió la sentencia recurrida.

Adicionalmente, contrario al argumento del recurrente, el hecho de que la Sección Quinta del Consejo de Estado en el marco de la acción de tutela contra la sentencia del 1 de marzo de 2018 la declarara improcedente por falta de cumplimiento del requisito de la subsidiariedad, no implicó que “*queda[ra] en evidencia que se presentó una nulidad derivada de la sentencia (...)*”, distinto es, que los argumentos que expuso en el trámite constitucional no pudieron ser estudiados porque alegó la falta de congruencia, circunstancia que determinó la existencia de otro medio de defensa, porque tal se enmarca dentro de los presupuestos para alegar esa inconformidad en

²⁰ [se refiere al fallo de tutela del 2 de febrero de 2016, que se citó como fundamento de la sentencia de tutela que declaró improcedente el mecanismo contra el fallo aquí recurrido].

²¹ [fallo del 21 de noviembre de 2018, por medio del que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela contra la sentencia del 1 de marzo de 2018 -aquí recurrida- por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad].



uso de las casuales del recurso extraordinario de revisión –causal quinta, nulidad originada en la sentencia por falta de congruencia –, sin que ello implicara que se probó la ocurrencia de la causal.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Causal quinta de revisión

En segundo lugar, el señor Gamboa Valencia invoca la causal quinta del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con fundamento en la falta de congruencia entre lo pedido -específicamente en el recurso de apelación- y lo resuelto en el fallo objeto de cesura. A juicio del señor Gamboa Valencia, el objeto del recurso de apelación se basó en la decisión de preclusión de la investigación penal y en que se probó el daño antijurídico alegado, sin embargo, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, al resolver sobre el mismo, declaró la caducidad de la acción, sin que ese asunto fuera objeto de discusión.

A ese respecto, se observa que, si bien, en principio, el cargo cumple con los requisitos de procedencia de la causal, en tanto: la providencia recurrida mediante el recurso extraordinario de revisión puso fin al proceso [del 1 de marzo de 2018, proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado]; contra esta decisión no procedía el recurso de apelación, pues fue mediante la que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de julio de 2011 y, la nulidad alegada se invoca con ocasión a la sentencia, no antes, pues fue en esa oportunidad que se declaró de oficio la caducidad. No ocurre lo mismo con los presupuestos de fondo para declarar su prosperidad, como se pasa a explicar.

En materia contencioso administrativa, la derogatoria del artículo 163 del Decreto 01 de 1984 CCA, condujo a que en el trámite de los procesos conocidos por esta jurisdicción solo quedara reconocida la proposición de excepciones de fondo, sin perjuicio de que **el fallador pudiera decidir sobre cualquier otra que encontrara probada**, al tenor del artículo 164²² *ibidem*.²³

En coherencia con lo anterior, el inciso final del artículo 97 del CGP, aplicable por remisión del artículo 267 del CCA, preveía que <<También podrán[ría] proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, **caducidad de la acción**, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. **Cuando el juez encuentre** [encontrara] **probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará[ría] mediante sentencia anticipada**>>.

De hecho, el artículo 306 del CPC, disponía que <<Cuando el juez halle[ara] probados los hechos que constituyen una excepción, deberá[ía] reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo

²² “En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus” (Se destaca)

²³ Al respecto, ver sentencia del 2 de diciembre de 2015, expediente con radicado número: 25000232700020079018201 (Exp. 18899) Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.



las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán[ían] alegarse en la contestación de la demanda >>. De manera que, dentro de las limitaciones del juez para declarar una excepción de oficio, no se encontraba la relativa a la caducidad.

Justamente, la Jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴, en relación con el artículo 136 del CCA, señalaba que la caducidad *“ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia”*. (...) *Se trata entonces de una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del Juez, cuando se verifique su ocurrencia*²⁵. También es una carga procesal que debe cumplir quien esté interesado en acudir al aparato jurisdiccional y su omisión lo priva del ejercicio del derecho de acción (...)”. Asimismo, precisaba que, la ocurrencia de la caducidad, de no observarse al momento de la admisión de la demanda, debía ser declarada en la sentencia y conllevaría a la declaratoria de inhibición para decidir el fondo del asunto por falta de uno de los **requisitos de procedibilidad de la acción**.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷ ha sido consistente en señalar que el juez de lo contencioso administrativo está facultado para declarar de oficio la caducidad de la acción y que, de hecho, tiene el deber de hacerlo cuando, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, encuentre probados los supuestos que la configuran, incluso en los eventos de privación injusta de la libertad²⁸.

La Corte Constitucional, en sentencia C-115 de 1998, expresó que *“No cabe duda que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos. (...) Por consiguiente, la fijación de términos de caducidad responde como se ha expresado, a la necesidad de otorgar certeza jurídica al accionante y a la comunidad en general, así como para brindarle estabilidad a las situaciones debidamente consolidadas en el tiempo, así como a los actos administrativos no impugnados dentro de las oportunidades legales”*.

Precisamente, la Corte Constitucional, al estudiar sobre la constitucionalidad de la caducidad de la acción de reparación directa, prevista en el numeral 9 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 [hoy literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA], en **Sentencia C – 832 de 2001**, frente a la figura jurídica de la caducidad señaló que *“(…) Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia”*.

El mismo tratamiento le da la Ley 1437 de 2011, solo que ahora de manera taxativa, pues el artículo 169 CPACA [artículo 143 Decreto 01 de 1984] señala la caducidad

²⁴ Sentencia del 7 de febrero de 2013, expediente radicado número: 1100103-25-000-2010-00102-00 (Exp. 0833-10), Sección Segunda, Subsección B de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

²⁵ Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que -por el contrario-, apunta a la protección de un interés general, e impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado, no puede iniciarse válidamente el proceso.

²⁶ Sentencia C-832 de 2001.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, Sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el día 9 de febrero de 2012, expediente 21060.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B, Sentencia del 30 de marzo de 2017, expediente 43062.



como una causal de rechazo de la demanda, sino que, el inciso 6 del artículo 180 del CPACA dispone que la decisión de excepciones previas, así como la de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva se resuelven de oficio o a petición de parte. Luego, no queda duda que, la caducidad de la acción sigue siendo una excepción que puede ser resuelta de manera oficiosa.

En idéntico sentido, es necesario señalar que de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, *sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de abril de 2018, unificó jurisprudencia en punto a la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único. En esa oportunidad acogió y reiteró el criterio, según el cual, <<el entendimiento del **principio de congruencia** y de los límites competenciales del *ad quem* frente el recurso de apelación>> implica que en los eventos en los que se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, al tiempo que precisó: “*lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestas por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada*”. (se destaca)

No es un asunto menor, si se tiene en cuenta que la caducidad constituye un límite temporal para el ejercicio de la acción, cuyo sustento normativo se encuentra respaldado en el artículo 228 Constitucional, previsto por el legislador con la finalidad de garantizar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Adicionalmente, se trata de un presupuesto procesal de la acción y una norma de orden público, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento.

De manera que, la declaratoria de caducidad de la acción de reparación directa por parte de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado en uso de la facultad oficiosa, referida en precedencia, no desconoció el principio de congruencia, ni se trató del desconocimiento de la prohibición de la *non reformatio in pejus*, simplemente fue un típico caso de la aplicación de una norma de orden de público, de obligatorio cumplimiento, que desde ningún punto de vista constituye una nulidad que haga configurar la causal de revisión alegada.

Por lo tanto, no es procedente en este escenario procesal revisar si fue acertado o no el cómputo del término de caducidad, por ser un asunto que escapa totalmente de la órbita del recurso extraordinario de revisión, que como se vio, se limita al estudio de las causales previstas para el efecto.

De manera que, la causal quinta tampoco prospera.



En suma, los cargos no prosperan y, en consecuencia, se impone declarar infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor César Augusto Gamboa Valencia contra la sentencia del 1 de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A.

Finalmente, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas a la parte recurrente, pues no se encuentran probadas en el proceso²⁹.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Quinta Especial de Decisión, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor César Augusto Gamboa Valencia contra la sentencia del 1 de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A – dentro de la acción de reparación directa con radicado 76001233100020050387101, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Reconocer personería jurídica a la abogada Martha Cecilia Gómez Acevedo como apoderada de la Fiscalía General de la Nación, conforme a poder que obra a folio 147 del cuaderno principal.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **devolver** al despacho de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

(Con firma electrónica)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sala

(Con firma electrónica)
WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ

(Con firma electrónica)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

(Con firma electrónica)
NICOLÁS YEPES CORRALES

²⁹ Al respecto, ver sentencia C- 157 del 21 de marzo de 2013, Corte Constitucional.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00788-00
Demandante: César Augusto Gamboa Valencia