

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., 2 de mayo de dos mil dieciséis (2016)
Radicación: 130012331000200501689 01 (38879)
Actor: Maribel Romero Tobías
Demandado: Municipio de El Carmen de Bolívar
Naturaleza: Acción de reparación directa (apelación de sentencia)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado la parte actora contra la sentencia del 22 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 169-188, c. ppal.). Previo a desatar el recurso, se constata la ausencia de nulidades que impidan la prosecución del fallo y, por tanto, entra la Sala a decidir:

SÍNTESIS

La señora Maribel Romero Tobías en el año 2003 y por espacio de tres días, fungió como Alcaldesa encargada del Municipio del Carmen de Bolívar. Durante su gestión, profirió tres resoluciones en las cuales se reconoció y ordenó el pago de retroactivos de salarios correspondientes a los años 2000 y 2001 para los docentes del municipio. En enero de 2004 empezó el periodo de un nuevo alcalde, el cual formuló una denuncia penal contra Maribel Romero por la presunta comisión de falsedad y otros delitos, ya que según dijo, al verificar el

libro radicador encontró que las resoluciones expedidas correspondían a un concepto diferente, así como también, las halladas en los archivos de la oficina de talento humano diferían de aquellas en su contenido y forma; además, que con fundamento en estas resoluciones el municipio estaba siendo objeto de sendos embargos. Se abrió la investigación, la cual discurrió sin ningún tipo de medida de aseguramiento hasta concluir con resolución de preclusión, fundamentada en que no se logró probar los hechos de la denuncia. Por los presuntos perjuicios que esta investigación le ocasionó, la entonces denunciada demandó al municipio.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante escrito de demanda visible a fls. 1-8, c. 1, ante el Tribunal Administrativo de Bolívar¹, la señora Maribel Romero Tobías, a través de apoderado judicial formuló demanda contra el Municipio de el Carmen de Bolívar, para que mediante acción de reparación directa y, con fundamento en una presunta falla en el servicio, se le concedan las siguientes pretensiones:

1.- Declarar que el Municipio de el Carmen de Bolívar causó un daño antijurídico en contra de la señorita MARIBEL ROMERO TOBIÁS, que no estaba en el deber jurídico de soportar, al formular en su contra a través de su representante legal, denuncia penal espuria, lo cual constituye una ostensible falla en el servicio.

2.- Como consecuencia de lo anterior, ordenará el pago con cargo a la parte accionada y a favor de mi mandante de la siguiente indemnización por concepto de perjuicios:

2. a) Perjuicios Materiales. (Daño Emergente)

Establecidos en los arts. 1613 y 1614 en concordancia con el art. 1494 del Código Civil, y entendidos como las erogaciones patrimoniales a que se vio sujeta mi mandante para cubrir los gastos que generaron los procesos penales adelantados

¹ La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 2 de diciembre de 2005 (fl. 86, c. 1), surtiéndose las notificaciones personales de la siguiente manera: por despacho comisorio, al Alcalde de el Carmen de Bolívar (fls. 90-93, c.1) y al Ministerio Público (fl. 86, c. 1).

en su contra por la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegadas Nos. 43 Seccional de El Carmen de Bolívar y 14 Seccional de Cartagena de Indias, los cuales se traducen en el pago de honorarios a un profesional del derecho, equivalentes a la suma de ONCE MILLONES DE PESOS (\$11.000.000.00).

2. b) Perjuicios Morales Subjetivos.

Entendidos como las consecuencias psicológicas, personales, individuales, las angustias, trastornos emocionales y afectaciones a la honra mientras se encontraba subjúdice, que permanecen hasta la actualidad y eventualmente a futuro, las cuales, no obstante ser invaluable, se estiman en una suma equivalente a MIL QUINIENTOS (1.500) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

3. Condenar en costas a la parte accionada.

1.1. Los hechos

Como fundamento de las pretensiones en la demanda se dijo

Narra la demanda que el señor Amer Alfonso Bayuelo Berrío Alcalde Municipal de el Carmen de Bolívar, formuló denuncia penal contra Maribel Romero Tobías, por los delitos de falsedad en documento público, uso de documento público falso, usurpación de funciones públicas, fraude procesal, tentativa de estafa, concierto para delinquir y otros indeterminados.

El denunciante acusó de falsas las resoluciones Nos. 518, 519 y 520 expedidas por la denunciada el 26 de febrero de 2003 como Alcaldesa (E) del Carmen de Bolívar, ya que de conformidad con la certificación expedida por la Oficina de Talento Humano, no correspondían a las emitidas para la misma fecha con el mismo número.

Informa que de la denuncia tuvo conocimiento la Fiscalía 22 Seccional de el Carmen de Bolívar, disponiendo la apertura de investigación el 9 de agosto de 2004 y escuchándose en indagatoria a la implicada el 24 de agosto del mismo año, luego de lo cual, la Fiscalía produjo auto interlocutorio absteniéndose de fijar medida de aseguramiento por hallar conformes los alegatos de la defensa de la encartada. Posteriormente, la Fiscalía le solicitó a la Alcaldía de el Carmen

de Bolívar que remitiera los originales de las resoluciones que según el decir del denunciante reemplazaron a las Nos. 518,519 y 520 del 26 de febrero de 2003, con el arribo de tales resoluciones se demostró la autenticidad y legalidad de éstas y quedó sin piso la denuncia.

Que luego de practicar las pruebas, se calificó la investigación con resolución de preclusión el 13 de diciembre de 2004, la cual cobró ejecutoria, quedando de manifiesto que se trató de una denuncia infundada.

Relata que con posterioridad a esta decisión y, en pleno desconocimiento de la cosa juzgada y el *non bis in ídem*, el mismo denunciante acudió ante la Fiscalía 14 Seccional de Cartagena, para formular una nueva denuncia por los mismos hechos y, por la cual se abrió investigación previa bajo el radicado No. 160.882 y se convocó en versión libre a la por entonces Alcaldesa encargada. Tales denuncias – dice - causaron a Maribel Romero Tobías perjuicios tanto materiales como morales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR

La entidad demandada dentro de la oportunidad procesal contestó la demanda (fls. 95-99, c.1). Se pronunció sobre cada uno de los hechos, señalando que en la denuncia no se hizo imputación directa de delitos, sino que solamente se expresaron las circunstancias fácticas de manera presunta. Adujo que si la Fiscalía abrió investigación no fue por la denuncia como tal, sino porque debió encontrar indicios o antecedentes y, que en definitiva la denuncia no causó ningún traumatismo, ya que no se dictó ninguna medida de aseguramiento. Manifiesta que la Alcaldía cumplió con el deber de remitir a la Fiscalía las resoluciones solicitadas, de las cuales inclusive la propia demandante admitió las alteraciones, al punto de solicitar prueba grafológica, reconociendo que pudo haber dualidad en la tramitación de las mismas.

Sobre la autenticidad de las resoluciones sostiene que corresponde a un perito grafólogo determinarla y que esta prueba a pesar de haber sido pedida no fue practicada, por lo que se antoja extraña la preclusión de la investigación, dado que no se practicaron todas las pruebas.

Arguye que la demandada se limitó a poner en conocimiento unos hechos y fue la Fiscalía la que encontró mérito para iniciar la investigación y, por tanto, se opone a las pretensiones, refiriendo que el hecho que se hubiera precluido la investigación no significa que la denuncia fuera temeraria, pues objetivamente si se dieron alteraciones o yerros en la expedición de las resoluciones y hasta enmendaduras en el libro radicator de la Alcaldía como lo reconoció la propia denunciada y que estos hechos quedaron sin ser clarificados porque la Fiscalía no investigó de manera exhaustiva.

Propone como excepciones de mérito las de: (i) inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, ya que la denuncia se formuló porque era deber del Alcalde hacerlo al evidenciar que las resoluciones con las cuales se le estaban haciendo cobros ejecutivos al Municipio evidentemente no coincidían con las sentadas en el libro radicator y distaban en su contenido y forma, adulterándose el libro radicator, con enmendaduras en las resoluciones 394-1 y 392-2 y, que tales números fueron inventados ya que en el radicator no existen, señalando que nada de esto investigó la Fiscalía y que de haberlo hecho, el resultado sería diferente. Indica que la demandante fue negligente ya que tenía el deber de revisar que las resoluciones estaban bien concebidas, pues era su función y si la delegó, esto no la exonera. Sostiene que por esta razón la Procuraduría absolvió disciplinariamente al Alcalde denunciante de las quejas presentadas por Maribel Romero. Sostiene que la demandante no puede obtener beneficios por su propio descuido.(ii) la que se origina por ser la demandante la autora de los actos administrativos erróneos, adulterados y que motivaron la denuncia penal, violando además el art. 71 del estatuto orgánico de presupuesto (decreto 111 de 1996), ya que las expidió sin que existiera disponibilidad, ni registro presupuestal, documentos que no se aportaron en el proceso ejecutivo y, que además se adulteró el libro radicator. (iii) la excepción que se derive de la

investigación deficiente de la Fiscalía que dejó de practicar pruebas necesarias) y (iii), la genérica.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 22 de octubre de 2009 (fls. 169-188, c. ppal.), el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió NEGAR las súplicas de la demanda, con fundamento en que si bien:

(...) se puede inferir, que las consideraciones de la fiscalía manifiestan una gran probabilidad de que en la denuncia del señor AIMER ALFONSO BAYUELOBERRIO (sic), existió temeridad, configurándose un obrar ilícito del alcalde, sin embargo no es esta la acción que se necesita para configurar la falla en el servicio, puesto que esta exige el deficiente funcionamiento del servicio, entendiendo por este las funciones que se encuentran en cabeza de la administración en obediencia a un deber legal. Pero como se observa en el expediente, el actuar defectuoso del Alcalde en representación del Municipio del Carmen de Bolívar no se originó en la prestación de servicio alguno, ni dentro de las funciones del ente municipal se encuentra la de interponer denuncias, que fue lo que originó el hecho dañoso. Lo que sí se observa en el expediente es que la actuación irregular del Alcalde se originó en el ejercicio del deber de denuncia (...) [pero ese deber] es totalmente ajeno a la prestación de un servicio cuya irregular prestación generaría la falla en el servicio a cargo de la administración (...) la denuncia en materia penal es una manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendida o no con la infracción, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo (...) se trata de un acto que impulsa la actividad estatal en cuanto a vincular al titular de la acción penal – la Fiscalía – a ejercerla con el propósito de investigar (...) colige esta corporación que el solo hecho de la denuncia no genera actuación irregular de la Administración que pueda generar una falla en el servicio o en una actuación irregular.

Ahora bien, la demostración de una actuación irregular, como la mala fe o la temeridad, por parte de un servidor público, tampoco genera por si sola la constitución de la falla en el servicio de la entidad pública, pues la conducta de la cual se deriva el presunto daño antijurídico – interposición de falsa denuncia – no guarda relación con el servicio público que el constituyente y el legislador han asignado a los Municipios (...) (fls. 186 – 187, c. ppal.).

En definitiva, sostiene que formular denuncias no es una función que corresponda a los municipios y, que por ello, en el presente caso se cristalizó

una responsabilidad personal y a título individual del denunciante, más no de la administración.

II. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Por estar en desacuerdo con el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar, la demandante interpuso recurso de apelación (fls. 191-206, c. ppal.), el cual sustentó principalmente a partir de evidenciar lo que él considera fueron “*las confusiones del A-quo*” en lo atinente al título de imputación, derivado de una concepción restringida del servicio público de la administración.

Sostiene que yerra el Tribunal al dejar por fuera del servicio público que debe prestar la municipalidad el hecho de la formulación de una denuncia penal, por no estar incluido de manera expresa. Señala que aunque en el ordenamiento constitucional colombiano no se habla del funcionamiento de los servicios públicos sino de acción u omisión de las autoridades, la función de administrar en su totalidad constituye un servicio público. De ahí, que el título de imputación básico es la naturaleza administrativa de la actividad o servicio que produce el daño, que en efecto, es generado por una persona física concreta, con lo cual, basta comprobar que esa persona está integrada a la organización que presta el servicio o actividad, para que surja la obligación de indemnizar, sin importar si es o no funcionario, sino que lleve a cabo un ejercicio real de funciones públicas.

Aduce que no es posible esgrimir una falta personal del denunciante, ya que este actuó en el ejercicio de sus funciones como Alcalde, es decir, en el ejercicio de los deberes que la ley penal le impone como autoridad pública, tanto así, que en la contestación de la demanda se utiliza como un argumento de defensa el hecho de haber actuado en cumplimiento de un deber legal. Señala que la propia sentencia impugnada hace notar que el Alcalde actuó con fundamento en su deber de denuncia. En definitiva, que actuó motivado por el mandato legal, pero

que no tenía un fundamento plausible para denunciar. Por ello, para desligar la responsabilidad administrativa no es suficiente afirmar que éste actuó en cumplimiento de un deber legal, porque precisamente la formulación de denuncia constituye un ejercicio real de funciones públicas, ya que la noción de servicio público no puede entenderse en un sentido restrictivo y relacionado únicamente a la actividad del municipio, sino que engloba toda una gama de funciones, deberes, derechos y prohibiciones que propenden por el cumplimiento eficiente y eficaz de los fines, pero también por el respeto de las garantías legales y constitucionales, como son los derechos fundamentales, de lo cual se deduce una noción objetiva de falla del servicio.

Sostiene, que para el caso, la denuncia espuria constituye una genuina falla del servicio al desconocer los principios y valores del Estado Social y Democrático de Derecho que se impone como límite y cautela de las garantías subjetivas de los administrados. Que era un deber para el Alcalde considerar si al denunciar estaba o no conculcando los derechos de la honra y el buen nombre de la denunciada y, para ello, debió cerciorarse si contaba con respaldo probatorio, pues a pesar del carácter lícito del deber de denunciar, en procura de los derechos fundamentales en juego, ésta debe tener un fundamento mínimo y, que al no darse en el *subjúdice*, se tornó temeraria, provocando un mal funcionamiento y un daño antijurídico².

Enfatiza que en el presente caso no se está frente a una falla personal, ya que una denuncia temeraria por parte de un funcionario de la administración, genera para ésta una responsabilidad extracontractual. Que para el caso, la denuncia penal carecía del más mínimo fundamento, al punto que la Fiscalía se abstuvo de dictar medida de aseguramiento y, sí por el contrario, se mantuvo injustamente a la denunciada atada a una investigación por la cual su patrimonio material y moral se vio disminuido.

² En apoyo cita apartes de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 20 de marzo de 1984, C.P. Carlos Betancourt Jaramillo y, apartes de la Sentencia C-1177 del 17 de noviembre de 2005 de la Corte Constitucional, para referir que legal y constitucionalmente se proscriben las denuncias temerarias.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

En la oportunidad procesal reservada para alegar, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (f. 298, c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

El Consejo de Estado es competente para resolver el recurso interpuesto, ya que se trata de un asunto proveniente del Tribunal Administrativo de Bolívar para el que procede la doble instancia, si se tiene en cuenta que para el momento que se presentó la demanda (agosto 22 de 2005), la cuantía exigida para que las acciones de reparación directa fueran conocidas en segunda instancia por esta Corporación ascendía a \$ 51.730.000,00 y el monto de la pretensión mayor equivale a la suma de \$ 572.250.000,00.³ El trámite invocado, conforme a la naturaleza del asunto, es el que corresponde a la Acción de Reparación Directa prevista en el art. 86 del C.C.A.

1.2. La legitimación en la causa

Con fundamento en los hechos de la demanda y en las pruebas que obran en el expediente, las partes que han venido actuando dentro del presente proceso, se encuentran debidamente legitimadas, cada una respecto del extremo e interés que representa. De esta forma, por activa se encuentra legitimada la señora Maribel Romero Tobías y, por pasiva, el Municipio de el Carmen de Bolívar.

1.3. La caducidad

³ Corresponde al monto de los perjuicios morales que en la demanda se estimaron en 1500 SMLMV.

Tratándose de la acción de reparación directa, conforme lo prescribe el art. 136 nº 8 del C.C.A. el término para demandar es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho propulsor del daño.

En el presente caso, se constata que la demanda fue presentada en tiempo, si se tiene en cuenta que la investigación penal promovida contra Maribel Romero Tobías con fundamento en la denuncia del Alcalde de turno precluyó el 13 de diciembre de 2004 (f. 7579, c. 1) y la demanda fue interpuesta el 22 de agosto de 2005 (f. 1-8, c. 1).

2. PROBLEMA JURÍDICO

En punto del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si el Municipio de El Carmen de Bolívar, debe o no responder por los perjuicios ocasionados en la esfera patrimonial de la demandante, derivados de la denuncia que contra sí instaurara el Alcalde Municipal de la época, por la presunta comisión de una pluralidad de conductas delictivas en disfavor de la Administración municipal. Asunto que por un lado involucra el acto de denuncia como un deber de la función pública y como un instrumento de control de la debida gestión administrativa y, por otro, la interdicción a la trasgresión de derechos fundamentales como la honra y el buen nombre, que se imponen como límites al momento de desplegar las actuaciones que el ámbito funcional impele.

3. HECHOS PROBADOS

El material que compone el expediente contiene elementos de prueba recaudados en procesos distintos al que aquí se sigue, principalmente las actuaciones surtidas dentro de la investigación penal nº 2110-04 adelantada ante la Fiscalía 22 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de el Carmen de Bolívar y, la investigación nº 160.882 seguida ante la Fiscalía Seccional Catorce de Cartagena, así como también las diligencias disciplinarias de que tuvo conocimiento la Procuraduría General de la Nación, tanto de orden

provincial como regional; razón por la cual, al momento de valorarlos, se seguirá el lineamiento jurisprudencial para las hipótesis de prueba trasladada⁴ (documentos, testimonios, inspección judicial).

De esta forma, en lo que hace a la prueba documental, se aplicará además, la regla que le otorga fundamento probatorio a las copias simples.⁵ En lo referente a las pruebas testimoniales⁶ y a la inspección judicial, teniendo en cuenta entre otros aspectos que los sujetos procesales que aquí son, también lo fueron en el proceso trasladado, que el traslado de la prueba fue conocido por ambas partes, de conformidad con el auto que decretó las pruebas (f. 110, c. 1)⁷; y, la permanencia a lo largo de la actuación con posibilidad comprobada para el ejercicio de contradicción y/o tacha, serán apreciadas y valoradas según corresponda. Por tanto, de conformidad con el acervo probatorio, se encuentran probados los siguientes:

3.1. Que Maribel Romero Tobías, se desempeñó como Alcaldesa encargada de El Carmen de Bolívar durante los días 24,25 y 26 de febrero de 2003, conforme consta en el Decreto 260 del 24 de Febrero de 2003 (f- 20, c. 1).

3.2. Que el día 26 de Febrero de 2003 la Alcaldesa Encargada profirió la Resolución No. 518, por medio de la cual “*se reconoce y ordena el pago de unos retroactivos de sueldos de enero a diciembre de 2000*”, para un total de 86 docentes, por la suma de \$ 73.789.119.00 (f. 14-18, c. 1).

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, Sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20.601, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Dicha sentencia fijó las pautas de interpretación del art. 229 del C.P.C., más allá de su tenor literal y, se establecieron las sub reglas para la validez de un testimonio trasladado de un proceso foráneo.

⁵ Con respecto a la prueba documental, se debe atender además al valor que se ha otorgado a las copias simples por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, Sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20.601, *op.cit.*

⁷ Las partes involucradas en el proceso fundaron sus argumentos de defensa en las pruebas trasladadas (*Cfr.* demanda y contestación).

3.3. Que el día 26 de Febrero de 2003 la Alcaldesa Encargada profirió la Resolución No. 519, por medio de la cual “*se reconoce y ordena el pago de unos retroactivos de sueldos de enero a diciembre de 2001*”, para un total de 195 docentes, por la suma de \$ 104.003.693.00 (f. 22-30, c. 1).

3.4. Que el día 26 de Febrero de 2003 la Alcaldesa Encargada profirió la Resolución No. 520, por medio de la cual “*se reconoce y ordena el pago de unos retroactivos de sueldos de enero a diciembre de 2001*”, para un total de 95 docentes, por la suma de \$ 49.345.254.00 (f. 38-46, c. 1).

3.5. Que el día 26 de Febrero de 2003 la Alcaldesa Encargada profirió la Resolución No. 394-1, por medio de la cual “*se ordena un retiro parcial de cesantías consignadas en Colfondos*” a favor de CARMENZA SIERRA MARTELO (f. 164, c. 1).

3.6. Que el día 26 de Febrero de 2003 la Alcaldesa Encargada profirió la Resolución No. 394-2, por medio de la cual “*se ordena un retiro parcial de cesantías consignadas en Colfondos*” a favor de NELSON GONZALEZ TEHERAN (f. 165, c. 1).

3.7. Que el Señor Amer Alfonso Bayuelo Berrío, en su calidad de Alcalde del municipio de El Carmen de Bolívar instauró denuncia penal contra Maribel Romero Tobías y otros, por los presuntos delitos de Falsedad en documento público, uso de documento falso, usurpación de funciones públicas, fraude procesal, tentativa de estafa, concierto para delinquir y otros, con fundamento en que se había notificado al Municipio sobre una demanda laboral interpuesta por unos docentes, con fundamento en las Resoluciones nº. 518, 519 y 520 y que al ir a verificar: “*según certificación de la oficina de Talento Humano, no corresponden a las emitidas para la misma fecha con el mismo número y por la misma funcionaria de la época doctora MARIBEL ROMERO TOBÍAS, pues estas*

se refieren al reconocimiento y pago de unos retroactivos de sueldos de enero a diciembre del año 2000 Y 2001, mientras que el libro radicator llevado por la misma funcionaria para la fecha de 26 de febrero de 2003 las mismas se refieren al reconocimiento de cesantías de los empleados NELSON GONZÁLES (sic) TEHERÁN y CARMENZA SIERRA MARTELO” (f. 10, c. 1).

3.8. Que con fundamento en la anterior denuncia, el 9 de agosto de 2004, la Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces del Circuito de el Carmen de Bolívar ordenó la apertura de instrucción bajo el radicado 2110/04, ordenando entre otras pruebas, la práctica de inspección judicial a las instalaciones de la Alcaldía Municipal.

3.9. Que en la práctica de la inspección judicial a las dependencias de la Alcaldía Municipal, el 23 de agosto de 2004 se pudo constatar que el libro radicator de resoluciones en la página 15, contenía la relación consecutiva de las resoluciones expedidas del 23 al 26 de febrero de 2003, del número 490 al número 524, observándose que en la gran mayoría los espacios correspondientes a fecha y descripción se hallaban en blanco y, que en lo referente a las resoluciones 518, 519 y 520 tenían como descripción “Reconocimiento de Cesantías” (f. 154, c. 3). En el acta de la diligencia, expresamente se hizo constar:

[R]evisado el libro de resoluciones del año 2003 a folio 15 aparece listado de números que se inicia en febrero 23 con el número 490 y termina en el 524, verificando que del 490 al 497 se encuentran en blanco, del 498 al 502 se relacionan nombres, del 503 al 506 en blanco y, del 507 al 511 se relacionan nombres, del 512 al 514 se encuentra en blanco, del 515 al 517 se relacionan nombres, del 518 al 520 se relaciona resolución de reconocimiento de cesantías, dejando constancia que a simple vista se observan diferentes tipos de caligrafía (...) Así mismo se puede observar que el tipo de papel, logotipos usados, membretes, tipo de letra, no son iguales para todos los documentos que se observan, consultada la doctora RIOS, al respecto manifestó que eso se debe a que aunque reposen archivados los documentos en esta dependencia, es posible que los mismos se proyecten o elaboren en otras oficinas y por diferentes personas. De otro lado se solicita revisar y verificar la existencia de

las resoluciones 518,519 y 520 de febrero 26 de 2003, que según el libro de resoluciones corresponde al reconocimiento de cesantías las cuales se buscan de manera exhaustiva y no son halladas en dicha dependencia, así como tampoco las 518, 519 y 520 (sic) que al parecer corresponden a las emitidas por la doctora MARIBEL ROMERO TOBÍAS. (fl.126, c. 2).

3.10. Que, mediante providencia del 17 de septiembre de 2004 la Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces del Circuito de el Carmen de Bolívar resolvió la situación jurídica de Maribel Romero Tobías, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento (f. 64-67, c. 1).

3.11. Que el 13 de diciembre de 2004, al calificar la instrucción, Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces del Circuito de el Carmen de Bolívar resolvió PRECLUIR la investigación contra Maribel Romero Tobías, con fundamento en que:

Hasta el momento procesal no se encuentra probado lo alegado por el señor alcalde que las resoluciones 518, 519 y 520 fueron reconocimiento de retroactivo de los profesores del municipio por una parte y, las resoluciones 394-1 y 394-2 a reconocimiento de Cesantías (...) Por otra parte las resoluciones de reconocimiento de CESANTÍAS prestación obligatoria contra el municipio a favor de los servidores públicos CARMENZA SIERRA MARTELO Y NELSON GONZALEZ TEHERAN, están soportadas en las resoluciones trescientos noventa y cuatro uno, y dos, sin que fuera real que estaban sustentadas con las quinientos dieciocho, quinientos diecinueve y quinientos veinte. Pues el ente local no ha probado esa falsedad material de las aludidas resoluciones. (...) Como representante legal del municipio tiene que velar porque si se trataba de denunciar debía de constatar que lo alegado por el fuera cierto, y que no fuera por pelea política contra el antecesor o la ex alcaldesa que había firmado las resoluciones (...).

En el proceso penal el denunciante debe estar atento a probar los hechos fácticos de la conducta punible tachada contra la ex alcaldesa de la época del veintiséis de febrero de dos mil tres, por otra parte quien firma la denuncia es el mismo alcalde y no los asesores, luego si quienes le estaban dando asesoría debía como único representante del municipio, debía (sic) tener pleno conocimiento de que las resoluciones tachadas de falsas eran ciertas. Ajenas a las contiendas electorales.

Como no se probaron los hechos alegados en el segundo ítem de la denuncia, ni se aportaron las pruebas necesarias para la existencia de la conducta

punible, se profiere a favor de MARIBEL ROMERO TOBÍAS PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, porque no ha cometido ningún delito.

3.12. Que, de conformidad con las declaraciones rendidas por Mercedes Cárdenas Carey y Elena del Rosario Cárdenas Carey, por el hecho de la denuncia y la investigación que le sobrevino, Maribel Romero Tobías se vio afectada emocional y psicológicamente (fls. 135-142, c. 1).

3.13. Que a fl. 80, c. 1 obra recibo de pago de honorarios profesionales de fecha 20 de diciembre de 2004 por la defensa técnica efectuada por Salustiano Fortich Molina en favor de Maribel Romero Tobías, dentro de la investigación 2110/04 ante la Fiscalía 22 Seccional del El Carmen de Bolívar, por valor de \$10.000.000.00. Igualmente, a f. 81 del mismo legajo, aparece recibo de pago por valor de \$ 1.000.000.00 de fecha 1 de agosto de 2005 por la defensa dentro de la investigación No. 160.882 ante la Fiscalía 14 Seccional de Cartagena de Indias.

3.14. Que el 2 de noviembre de 2004 el señor AMER ALFONSO BAYUELO BERRÍO en calidad de alcalde municipal de El Carmen de Bolívar, solicitó ante la Dirección Seccional de Fiscalías de Bolívar se designara una comisión especial para que llevara a cabo investigación penal por la presunta comisión de delitos contra la administración pública y la administración de justicia, frente a una presunta concertación de varios ex funcionarios de la administración municipal, funcionarios judiciales y particulares, dentro de los cuales menciona a Maribel Romero Tobías (fl. 1-5, c. pruebas).

El fundamento de esta solicitud, en principio, guarda relación con los hechos por los cuales ya la Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces del Circuito de el Carmen de Bolívar había precluido investigación contra Maribel Romero Tobías (fls. 3-6, c. pruebas). No obstante, de ese nuevo expediente que correspondió conocer a la Fiscalía Seccional 14 de Cartagena, bajo el radicado 160.882 no se conoce cómo concluyó la investigación y, de los documentos obrantes no se puede

concluir a ciencia cierta si se trató exactamente de los mismos hechos, ya que al expediente fueron agregados otros decretos donde se designa a Maribel Romero Tobías como Alcaldesa Encargada, con fechas diferentes a las previstas dentro de la primera investigación. Así por ejemplo, se agrega el Decreto 133 del 27 de enero de 2003 por medio del cual fue encargada en la Alcaldía por los días comprendidos entre el 27 y el 30 de enero de 2003 (fl. 81, c. pruebas); el Decreto 246 del 19 de febrero de 2003, para encargarla como Alcaldesa por el día 20 de febrero de 2003. En ese orden de ideas, la presente acción de reparación se entenderá respecto de los posibles perjuicios que haya podido derivar la investigación seguida ante la Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces del Circuito de el Carmen de Bolívar, tramitada bajo el radicado 2110 de 2004, de la cual se conoce fehacientemente su carácter preclusivo y las razones de la denuncia.

4. ANÁLISIS DE LA SALA

Previo al análisis de los elementos de la responsabilidad extracontractual, se elucidarán algunas disquisiciones jurídicas, inmersas en la discusión.

4.1. Consideraciones previas:

(ii) El deber de denuncia como imperativo ciudadano y como despliegue de una función pública: distinción ontológica

El deber de denuncia, como manifestación del principio de solidaridad social⁸ y en procura de la debida colaboración con la administración de justicia⁹, constituye una carga que atañe por igual y de manera inexcusable a todos los ciudadanos que tengan conocimiento sobre la comisión de un delito, por cuya causa se trasgreden los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad, que por lo mismo ameritan una investigación prevalente y oficiosa. Su inobservancia,

⁸ Conforme lo dispone el art. 95 n° 2 de la Constitución. Al respecto, puede verse: Corte Constitucional, sentencias C.1177 de 2005 (n° 1) y C-848 de 2014 (fundamento 6.2).

⁹ Art. 95 n° 7 de la Constitución.

por tanto, deja al incumplido a expensas de la responsabilidad penal. Desde ese contexto de generalidad, al funcionario público se le impone, además, de manera acentuada¹⁰, una obligación de conducta y de inmediatez, capaz de implicar su responsabilidad disciplinaria. Frente al desconocimiento o inadvertencia de este deber genérico, sin distinción de si se trata de un funcionario público o de un particular, la responsabilidad, cualquiera que sea, se circunscribe al ámbito personal de quien prevalido en su arbitrio decide ponerse al margen de dicha obligación.

Ahora bien, en el ejercicio *intuito* de las funciones públicas y dentro de la órbita de las responsabilidades inherentes a un cargo, el deber de denuncia, o bien se funde o bien se incardina en algunas de las actividades propias de la gestión o encargo público. Así por ejemplo, para un alcalde el deber de denunciar las irregularidades que se presentan al interior de la administración municipal, ya no solamente emana del imperativo común, sino que se deriva del fuero privativo y atinente de sus funciones; o, dicho de otra manera, emerge de la potestad de dirigir la acción administrativa del municipio en los términos del art. 315 n° 3 de la Constitución¹¹, en consonancia con el art. 311 de la misma codificación suprema¹² y con los arts. 3 n° 1¹³ y 91¹⁴ de la Ley 136 de 1994, donde ya no

¹⁰ El funcionario público no solamente debe poner en conocimiento la comisión de delitos, sino también la de contravenciones y faltas disciplinarias. Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), art. 34, n° 24.

¹¹ “ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde: (...)”.

3. “Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”.

¹² “ARTICULO 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”.

¹³ “Artículo 3º.- Funciones. Corresponde al municipio:

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la Ley”.

interfiere su arbitrio sino un mandato de ejecutoria. En este punto, la responsabilidad deja de ser personal y se transforma en una responsabilidad acorde a la naturaleza de la función¹⁵ y el cargo desempeñado; es decir, ya no se trata solamente de una responsabilidad ciudadana, sino, principalmente, de una responsabilidad como autoridad pública, en concreto, como autoridad municipal, en los términos del art. 84 de la Ley 136 de 1994, que dispone:

Artículo 84º.- *Naturaleza del cargo.* En cada municipio o distrito habrá un alcalde quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial. (...)

e) RESPONSABILIDAD: La responsabilidad por el cumplimiento de las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la presente Ley, será de las respectivas autoridades municipales en lo de su competencia. Sus actuaciones no podrán conducir a la desviación o abuso de poder y se ejercerán para los fines previstos en la Ley. Las omisiones antijurídicas de sus actos darán lugar a indemnizar los daños causados y a repetir contra los funcionarios responsables de los mismos. (resalte sobre puesto)

De ahí que las consecuencias lesivas que vayan dejando los actos de autoridad y sin perjuicio de las responsabilidades individuales, que sin duda no desaparecen ni se subsumen, derivan en una responsabilidad atributiva a la función pública, por la cual, el Estado estaría llamado a responder administrativa y patrimonialmente ante un daño antijurídico.

(ii) La denuncia como instrumento de control de la correcta gestión pública y sus límites constitucionales.

¹⁴ “Artículo 91º.- *Funciones.* Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. (...)

D) *En relación con la Administración Municipal:*

1. *Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y de la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente”.*

¹⁵ “Ley 136 de 1994, Artículo 84º.- *Naturaleza del cargo.* En cada municipio o distrito habrá un alcalde quien ejercerá la autoridad política, será jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial. (...).”

El deber de denuncia dentro del contexto de una función pública determinada, inequívocamente representa un instrumento ya sea de control, o cuando menos de colaboración, para la correcta gestión administrativa. Empero, dentro del ordenamiento jurídico tal deber ocupa su lugar en simultánea con un sinnúmero de garantías fundamentales; por tanto, no se trata de una obligación incondicionada e irrestricta, sino, de una actuación que precautele y armonice con los bienes constitucionales.

De esta forma, el deber de denuncia, bien sea desde su carácter genérico o situado funcionalmente, encuentra correlato en los derechos de otro –el denunciado–, más concretamente en el excelso patrimonio de su honra y su buen nombre. Esto puede generar un conflicto entre posiciones jurídicas encontradas, en donde los derechos fundamentales se imponen como un límite, como “*un coto vedado o intangible, un territorio inviolable*”¹⁶. Al respecto, Esta Corporación ha tenido la oportunidad de abordar esta tensión, al establecer pautas para el ejercicio proporcional y razonable del deber de denuncia, en el estricto marco de aquello que conforma la dimensión de los derechos al buen nombre y la honra, que depara para el denunciante la obligación de no traspasar injustificadamente tal protección, y si se trata de un funcionario público, el cuidado se extrema, en razón, por un lado, a la credibilidad que se le imprime a su dicho y, por otro, a la disponibilidad de la información sobre la cual cimienta la denuncia. En dicha oportunidad se dijo:

Las exigencias que deben cumplir las instituciones estatales cuando –al presentarse sospechas acerca de actuaciones susceptibles de dar origen a responsabilidad disciplinaria, penal o fiscal de servidores públicos vinculados a sus dependencias–, instauran denuncia formal ante las autoridades competentes de investigarlas y juzgarlas, son a todas luces mucho mayores. Y ello es así, por cuanto las instituciones no solo disponen de información institucional que les

¹⁶ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, *Doxa, cuadernos del filosofía del derecho* n° 6, 1989, pp. 209-213. En: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algo-mas-acerca-del-coto-vedado/> (consultado en 22/04/2016).

permite cerciorarse de la solidez de su sospecha, sino en cuanto están obligadas a preservar el principio de legalidad, la formalidad de los juicios y la presunción de inocencia. (...) Con todo, ha de tenerse presente que cuando la acusación es elevada por una institución estatal en relación con el desempeño de un servidor público vinculado a sus dependencias, suele estar dotada de un alto grado de credibilidad. Por ello mismo, no puede el control institucional ejercerse a la ligera, toda vez que una acusación afecta de manera sensible y, en ocasiones irrecuperable, la honra y el buen nombre de los servidores públicos que son objeto de denuncias.

Por lo general, las entidades públicas cuentan con la información suficiente para poder verificar si la denuncia o queja presentada se corresponden con la realidad, es decir, con la información disponible al interior de la entidad se pueden confrontar las versiones presentadas y es dable establecer si corresponden a lo que realmente sucede. (...). Debe tenerse siempre presente que entre más seria sea la acusación, mayor diligencia se exige¹⁷.

A su vez, sin medrar el contenido esencial de los derechos, quienes ostentan un cargo público ceden un espacio razonable de interferencia en procura del derecho que tiene la comunidad de controlar la gestión pública. Allí donde el interés general prevalece, existe una razón suficiente para menguar las exigencias de protección frente a la exposición pública de datos que comprometen el ejercicio cabal del cargo.

Si bien, partiendo de unos mínimos de afinidad constitucional, se han establecido criterios para la resolución judicial del conflicto que se genera entre los derechos subjetivos del funcionario en quien recae la denuncia, los derechos colectivos de la comunidad y el deber de denuncia, lo cierto es que no existe una regla decisional que abarque el universo posible de casos y, por tanto, la manera como se defina esa incómoda, pero necesaria, intersección de bienes protegidos “dependerá de la manera como se presenten las circunstancias del caso en concreto y tal situación no puede ser definida en abstracto, prescindiendo del detalle con que aparecen relacionados los hechos en cada asunto particular”¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24097, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁸ *Ibid.*

Los criterios orientadores que ofrece la jurisprudencia se dan desde la perspectiva de quien denuncia y de quien es denunciado. En relación con el Servidor público denunciado: (i) el interés general se impone como criterio relevante para establecer un margen razonable de intromisión e interferencia frente a la garantía de los derechos de un funcionario público, cuando está de por medio el control de su gestión. Esto, por cuanto “el umbral de tolerancia en relación con las críticas o indagaciones que se realicen respecto del desempeño de los servidores públicos o de su idoneidad para ejercer su cargo es mucho más amplio por cuanto no solo “se han sometido voluntariamente al escrutinio público” sino por la trascendencia social que de sus actuaciones se deriva”¹⁹; (ii) el juicio de proporcionalidad se hace más estricto cuando se trata de un acto propio de su gestión, a cuyo efecto “tendrá el funcionario público que soportar una mayor injerencia en el control de su gestión por estar de por medio la garantía del principio democrático y, en tal sentido, la necesidad de asegurar la debida observancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas”²⁰. Por tanto, entre mayor sea el grado de afectación de los derechos del funcionario, mayor debe ser la importancia y trascendencia social de sus actuaciones.

En relación con denunciante: (i) si es un servidor público, se le exige una mayor cautela por cuanto dispone de la información para corroborar *ex ante* los hechos en los que funda la acusación y goza de mayor credibilidad, es decir, no puede hacer denuncias ligeras y carentes de fundamento y en especial si desempeña un cargo directivo; (ii) en todo caso, la responsabilidad por las consecuencias de una denuncia deben ser evaluadas “de manera razonable, siendo más estricta cuando la acusación proviene de una institución estatal y de menor envergadura cuando se trata de denuncias elevadas por los medios de comunicación orales, escritos o en red”; ya que no se puede perder de vista “la necesidad de fortalecer

¹⁹ *Íbid.*

²⁰ *Íbid.*

el control sobre la gestión pública en una sociedad democrática que puede verse sensiblemente limitado e incluso completamente obstruido cuando se imponen sanciones desproporcionadas cuyo objetivo no radica tanto en reparar el daño, sino en desmotivar la denuncia o, lo que es peor, en silenciar a la opinión pública”²¹.

5. El caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones, para la Sala es claro que sobre la base de una falsa denuncia interpuesta por un funcionario público se puede estructurar una falla en el servicio, por cuanto la denuncia, más allá de ser un deber genérico, en casos como el presente, se constituye en un instrumento para llevar a cabo el control institucional de determinada gestión administrativa que guarda inmediata relación con las funciones asignadas al cargo público del denunciante, dejando a salvo que se trata de un deber legal sujeto a un ejercicio racional y fundamentado, esto es, cuando se cuente con la información suficiente para estructurar una acusación sólida que no acarree de manera ligera, temeraria e irresponsable un riesgo intolerable para los bienes fundamentales del denunciado, con lo cual se rechaza, su instrumentación al servicio algún interés protervo. De esta forma, se incurre en una falla del servicio cuando se expone irreflexiva e infundadamente a una persona a las cargas y fatigas de una investigación y al desmedro de sus encumbrados derechos, en especial por la credibilidad y confianza que el denunciante, en relación con sus funciones ostenta, lo cual hace presumir una denuncia seria.

En el presente caso, en criterio de la Sala, la mera denuncia no tenía la virtualidad de comprometer los derechos fundamentales de la libertad y el buen nombre de la denunciada, ya que si alguien podía afectar tales bienes fundamentales era la Fiscalía General de la Nación, quien debía sopesar si la

²¹ *Íbid.*

denuncia por sí misma contenía los elementos para abrir la investigación y, en este punto, conviene recordar que dicha entidad no fue convocada. Por lo mismo, el análisis no puede darse a la luz del precedente de esta Corporación en el cual se ha dicho que cuando no existen elementos incriminatorios, sino, dudas sobre la tipicidad de una conducta investigada, no se tiene un deber jurídico de soportar una vinculación a la investigación²², dado que, se trata de supuestos de hecho distintos.

Ahora bien, atrás se dijo que la denuncia instaurada por un funcionario público se reputa seria, sin que esa consideración sea de tal suficiencia como para sustituir el análisis propio que le corresponde al ente investigador al momento de apreciar la información que ha sido puesta en conocimiento y determinar si están dadas las condiciones para iniciar la instrucción o, en su defecto, una investigación previa en los términos del art. 322 de la Ley 600 de 2000 vigente para el momento de los hechos.

En el *sub judice*, la formulación de la denuncia por parte del nuevo alcalde no constituye una falla en el servicio, porque de conformidad con las pruebas obrantes, era evidente que había inconsistencias administrativas frente a las cuales era su deber ponerlas en conocimiento de la autoridad competente. Exigirle en tales condiciones al denunciante un sustento sólido de la denuncia, no sería razonable ni proporcional al deber que sobre éste pesaba, máxime cuando, como puede desprenderse de la inspección judicial practicada por la Fiscalía 22 Seccional del Carmen de Bolívar y del conjunto de las pruebas valoradas, antes que información, lo que se presentaba era desinformación sobre el número, la consecutividad y el objeto de las resoluciones expedidas por la actora en el lapso del encargo como alcaldesa, habida cuenta que con base en algunas de ellas se estaban profiriendo embargos contra el municipio.

²² Al respecto, ha dicho la Sala: “En este orden de ideas, la Sala concluye que, en estas circunstancias, es decir, cuando no sólo no había elementos que lo incriminaran de ser autor de una infracción penal, sino que existían serias dudas sobre la tipicidad de la conducta investigada, el señor Matta Waldurraga no tenía el deber jurídico de soportar una diligencia de indagatoria y, con ella, la vinculación a una investigación penal cuya continuación carecía de fundamento; daño antijurídico que compromete la responsabilidad de la demandada por serle imputable”. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 36.191, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

En tales circunstancias, de la denuncia no se desprendió nada distinto a un temprano esclarecimiento de los hechos que el denunciante por sí mismo, con la información disponible, no tenía como elucidar y, frente a lo cual, la alcaldesa encargada se encontraba en la obligación de colaborar con la investigación penal, merced a la función pública desempeñada ya la trascendencia de dicha función para la correcta administración de los recursos públicos.

No sucedería lo mismo, en el caso de la segunda denuncia²³, si se hubiera podido comprobar que se trataba de los mismos hechos ya esclarecidos, pues como se dijo en su momento, de las pruebas allegadas no se puede arribar indefectiblemente a tal conclusión, ya que lo que se aportó fueron piezas parciales de dicho expediente (radicado nº 160.882), que son insuficientes para concluir que se trató de una caprichosa afectación al *non bis in ídem*.

De esta forma y por las razones en precedencia, la Sala considera que en el presente caso no hay lugar para declarar la responsabilidad patrimonial y administrativa al Municipio de El Carmen de Bolívar, por lo cual se confirmará la sentencia apelada, pero por las razones y argumentos aquí dados.

5. COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 prevé la condena en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa un comportamiento que amerite ser calificado de tal manera, razón por la cual no se impondrá condena alguna por este concepto.

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

²³ Cfr. hecho probado nº 3.14.



F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado