



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA**

Bogotá D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA.
Radicación: 110013337042 2017 00198 00
Demandante: GUILLERMO ALBERTO PETERSSON PRICHODNY
Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante: Guillermo Alberto Petersson Prichodny, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.424.

Demandada: La Nación – Contraloría General de la República.

OBJETO

Declaraciones

Se declare a la Nación – Contraloría General de la República judicial y extracontractualmente responsable por la afectación al buen nombre "*good will*" del

señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny, por el procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal No. PRF 06-044-10, adelantado en su contra.

Condenas

Condenar a la Nación – Contraloría General de la República a pagar las siguientes sumas de dinero:

A título de perjuicios materiales, la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por concepto de lucro cesante consolidado por la pérdida de oportunidad que se causa dada la imposibilidad de celebrar contratos con entidades públicas.

A título de perjuicios inmateriales la suma de quinientos (500) s.m.l.m.v por daño moral dada la afectación del buen nombre.

Igualmente solicita como medidas de reparación integral que la Contraloría (i) declare "*oficial y públicamente la verdad de su responsabilidad plena con relación a la falla en el servicio*"; (ii) se presenten disculpas públicas y el reconocimiento de la afectación al buen nombre a través de medios masivos de comunicación y escrito, de por lo menos una página, con destino a diarios de circulación nacional.

Se ajusten las anteriores sumas de dinero conforme al índice de precios al consumidor y los intereses moratorios a que haya lugar.

Se condene en costas y agencias en derecho.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

El apoderado de la parte demandante refiere lo siguiente:

- a. Que Guillermo Alberto Petersson Prichodny se encontró vinculado a la Subdirección Financiera del INVIAS entre el 10 de septiembre de 2004 hasta el 16 de abril de 2007, en el cargo 0150 grado 18.
- b. Que el 12 de octubre de 2006 hizo parte del Comité de Defensa Judicial y Conciliación del INVIAS como invitado con voz pero sin voto, para decidir acerca de la propuesta presentada por la Universidad del Rosario con ocasión

al proceso ejecutivo adelantado por CONIGRAVAS S.A. contra la entidad que cursó en el Tribunal Administrativo de Antioquia.

- c. Que el Comité de Conciliación decidió presentar formula conciliatoria, aprobada el 04 de diciembre de 2006 por el Tribunal.
- d. Que el 19 de noviembre de 2010 se ordenó dar apertura de indagación preliminar para determinar la comisión de posibles irregularidades relacionadas con la conciliación autorizada.
- e. Que el 24 de noviembre de 2010 la Directora de Vigilancia Fiscal del Sector de Infraestructura y el Asesor de Gestión de la Delegada de Infraestructura G-01 evidenciaron que no se tenía competencia para adelantar acción de responsabilidad fiscal por haber operado la caducidad.
- f. Que el 22 de diciembre de 2010 se ordenó cerrar la etapa de indagación preliminar y se trasladó la diligencia a la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.
- g. Que el 23 de diciembre de 2010 se avocó conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal No. 6-044-10, sin vincular al demandante.
- h. Que el 22 de noviembre de 2011 la Contraloría General de la República declaró los hechos de la investigación como de impacto nacional.
- i. Que el 30 de noviembre de 2011 se remitió el expediente a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría, donde se adelantó proceso de responsabilidad fiscal verbal, vinculándose al demandante el 19 de abril de 2012.
- j. Que el 13 de abril de 2012 se ordenó decretar medidas cautelares contra el demandante, embargándose inmueble ubicado en el municipio de Ricaurte.
- k. Que en audiencia del 17 de octubre de 2012 se ordenó desvincular al señor Guillermo Petersson Prichodny y levantar las medidas cautelares, lo cual solo se hizo efectivo hasta el 21 de junio de 2016 a pesar de que se ordenó el levantamiento del embargo el 01 de junio de 2016.

- l. Que el 18 de agosto de 2015 se ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal por carecer de competencia. El 28 de septiembre del mismo año se ordenó el archivo definitivo de las diligencias.
- m. Que como consecuencia de las medidas cautelares se impidió la negociación del inmueble afectado.
- n. Que el proceso de responsabilidad fiscal siempre fue objeto de señalamientos por parte de los medios de comunicación, viéndose afectado el demandante.

Fundamentos jurídicos:

Normas de rango legal:

-. Constitución Política, artículo 90

El apoderado precisa que el daño antijurídico se concreta con la afectación injustificada del buen nombre del señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny con ocasión al proceso de responsabilidad fiscal No. 06-044-10 adelantado sin competencia legal.

Refiere que el análisis de imputación de responsabilidad puede hacerse por dos títulos de imputación, como son la falla en el servicio o el régimen objetivo de daño especial.

Respecto al estudio a partir del régimen subjetivo, esto es, la falla en el servicio, sostiene que se configura dado que el demandante permaneció vinculado al proceso por más de cinco años a pesar que se advirtió desde el inicio, incluso por los mismos funcionarios de la Contraloría, la falta de competencia para conocer de los hechos, situación por la cual tuvo que soportar la imposición de medidas cautelares decretadas que negó el acceso al sistema financiero desde el 23 de julio de 2012 hasta el 21 de junio de 2016.

En cuanto al daño especial, afirmó que si bien, la Contraloría está en el deber legal de iniciar procedimientos administrativos cuando encuentre que puede existir un detrimento patrimonial, lo cierto es que en ningún caso le es dable informar a la opinión pública, sin fundamento probatorio, que el investigado incurrió en alguna conducta punible. Aclaró que la carga pública que el demandante debía soportar se

limitaba a ser un extremo del procedimiento en calidad de presunto responsable, pero en ningún caso ser objeto de señalamientos por los medios de comunicación.

Finalmente enfatizó en la reparación integral por la necesidad de adoptar medidas no pecuniarias toda vez que el reconocimiento monetario no es suficiente para reparar plenamente el daño.

1.1.2. OPOSICIÓN

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (ff.40 a 47)

La apoderada de la entidad afirma que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por las siguientes razones:

En primer lugar, hace referencia a la noción de daño antijurídico como aquel que la víctima no está en la obligación de soportar, de tal forma que en el caso en concreto no se observa su configuración, pues el demandante en su condición de servidor público (i) tiene el deber jurídico de soportar la divulgación pública de las situaciones en las cuales su comportamiento resulta cuestionado y (ii) no puede equiparar las cargas que le correspondían como las de un ciudadano común.

En segundo lugar, la Contraloría se encuentra facultada para vigilar la gestión fiscal de la administración, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es así como puede iniciar la indagación preliminar cuando exista un daño patrimonial e indicios serios sobre los posibles autores.

En tercer lugar, no puede alegar el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas debido a la relación especial de sujeción que lo vincula con el Estado.

Finalmente, propuso la excepción de inepta demanda por inexistencia de daño antijurídico.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho establecer: **¿La Contraloría General de la República es responsable patrimonialmente por los daños causados al señor**

Guillermo Alberto Petersson Prichodny por su vinculación en el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-06-044-10? Para dar respuesta, debe estudiar:

(i) ¿El proceso de responsabilidad fiscal adelantado afectó el buen nombre del señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny?, de ser así debe analizarse si tal afectación constituye un daño antijurídico o por el contrario, el demandante se encontraba en la obligación de soportarlo por su calidad de servidor público.

(ii) De encontrarse acreditado el primer elemento de la responsabilidad, debe estudiarse si ¿el daño alegado es imputable a la Contraloría General de la República?, de ser así ¿Cuál es el título de imputación bajo el cual debe ser declarada la responsabilidad?, para lo cual se debe examinar si (a) ¿se probó que la entidad carecía de competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal?; (b) ¿la CGR incurrió en falla del servicio por haber desembargado el inmueble -propiedad del demandante-, solo cuatro años después de su desvinculación del proceso de responsabilidad fiscal? y (c) ¿la afectación al buen nombre con ocasión al tratamiento mediático que se dio al caso de responsabilidad fiscal da lugar a la imputación bajo el título de daño especial?

Tesis de la parte demandante:

Sostiene que la Contraloría General de la Republica es responsable por el daño al buen nombre del señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny por el tratamiento mediático que se dio al proceso de responsabilidad fiscal adelantado, con falta de competencia, en su contra; así como el daño causado por el decreto de medidas cautelares que se mantuvieron dentro de los cuatro años siguientes a la desvinculación del proceso.

Tesis de la parte demandada:

Sostiene que no existe daño antijurídico que permita declarar la responsabilidad del estado, habida cuenta que, el demandante por su condición de servidor público se encuentra en el deber jurídico de soportar la divulgación de las situaciones en las cuales resulta comprometido su comportamiento.

Tesis del Despacho:

El despacho sostendrá que no se acreditó el daño antijurídico por la afectación al buen nombre, sin embargo, hay lugar a declarar administrativamente responsable a la Contraloría General de la República por las medidas cautelares que se mantuvieron el tiempo, a pesar de que el señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny fue desvinculado del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 06-044-10 en el año 2012.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDADA (ff.80 a 85)

En escrito aportado dentro de la oportunidad legal, la parte pasiva argumenta que el daño alegado carece de sustento probatorio, pues solo da cuenta de una apreciación subjetiva respecto del trámite de la actuación administrativa de responsabilidad fiscal, aunado a ello, el ente de control solo divulgó la decisión de iniciar la actuación administrativa en concreción del principio de publicidad (artículo 3 CPACA) emitiendo el boletín de prensa para informar objetivamente el estado del proceso, más no divulgó información errada que afectara el buen nombre del investigado.

Reitera que las cargas públicas que el demandante tuvo que soportar fueron las mínimas necesarias que hubieran implicado el hecho de atenderlas dada su calidad como servidor público y no puede considerarse que por ser vinculado a una investigación fiscal se causa un daño antijurídico por la afectación del buen nombre.

Afirma que el daño antijurídico es un elemento esencial para declarar la responsabilidad del estado y al no encontrarse acreditada su configuración queda sin sustento fáctico o jurídico la pretensión de la demanda.

PARTE DEMANDANTE (ff.86 a 95)

Mediante memorial aportado dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la parte actora del proceso presenta alegatos de conclusión dando respuesta a cada uno de los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio.

Afirma que el buen nombre del señor Petersson se vio afectado en su esfera personal, social, profesional, económica y moral por el desmedido despliegue mediático adelantado por la Contraloría General en el trámite del proceso de

responsabilidad fiscal, aun cuando fue desvinculado al año de haberse iniciado, con lo cual se evidencia la configuración del daño antijurídico.

Argumenta que la falla en el servicio imputada a la Contraloría se materializa en la acción de adelantar un procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal conociendo que carecía de competencia y dando un alcance mediático desmedido, más no en la obligación del demandante de soportar investigaciones disciplinarias o fiscales. Igualmente refiere que de las pruebas aportadas al plenario se desprende que si la Contraloría no hubiera actuado con falta de competencia los medios de publicación no habrían publicado que el demandante estaba siendo investigado por un posible detrimento patrimonial, aunado a ello, el ente de control pudo acudir a la acción de repetición si consideraba que con la conciliación se había presentado detrimento.

Reitera que el demandante no tuvo por qué soportar un doble embargo que duro por más de cuatro años máxime cuando fue desvinculado del proceso de responsabilidad fiscal.

Por otro lado, con el fin de demostrar la configuración del daño especial, refiere que la Contraloría publicó en su página web que derivaron de la investigación sobre la conciliación, señalando que el señor Petersson Prichodny era uno de los llamados a responder, aun cuando fue desvinculado en el 2012, información que no fue comunicada por la entidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. DECISIONES PREVIAS

2.1.1. De las excepciones propuestas

La Contraloría General de la República propuso como excepción la "inepta demanda por inexistencia de daño antijurídico", considerando que la ausencia probatoria para demostrarlo teniendo en cuenta el deber jurídico del demandante de soportar las consecuencias mediáticas y procesales generadas a partir del desarrollo de la investigación de responsabilidad fiscal con ocasión a su condición como subdirector financiero del INVIAS.

De la lectura de la excepción, se desprende que tiene una relación directa con el fondo del asunto planteado y hace parte de los argumentos de la defensa, de tal manera que serán objeto de estudio de fondo en la medida que no constituye un verdadero medio exceptivo.

Sobre las "excepciones de mérito" que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial."¹ (Subrayado fuera del texto original).

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son instituciones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"²

(Subrayado fuera del texto original).

2.1.2. De la tacha de testigos

En audiencia de pruebas de fecha 29 de mayo de 2019, el apoderado de la parte demandada presentó tacha por imparcialidad al testimonio de la señora María del Rosario Gaitán de Francisco, esposa del demandante y la señora Daniela Petersson

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

Gaitán, hija del demandante; en razón a la calidad de parentesco que confesaron al inicio de su declaración, situación que resta credibilidad a su testimonio.

El artículo 211 del Código General del Proceso estableció que aunque se tache al testigo, los testimonios no pueden ser desestimados de plano, y que en aplicación de las reglas de la sana crítica, el juez debe analizar el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso, en este sentido, no puede este despacho desconocer que se deberá realizar una valoración rigurosa del testimonio de las señoras María del Rosario Gaitán de Francisco y Daniela Petersson Gaitán, y confrontarlos con los demás medios probatorios allegados al proceso, para determinar su veracidad.

Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que, *para la valoración de la prueba testimonial, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de "sospechoso" porque ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna el régimen probatorio; "[...] sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica.*³

En relación con lo anterior, se debe precisar que la sola circunstancia de que exista una relación de parentesco entre el señor Guillermo Petersson Prichodny y las testigos, no conduce necesariamente a deducir que los testimonios deben ser desestimados en su dicho o que falten a la verdad.

2.2. ARGUMENTOS QUE SIRVEN DE APOYO A LA TESIS DEL DESPACHO

2.2.1 De los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado:

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado deberá responder patrimonialmente *"por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"*.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno-Radicación: 110010324000200700191-00 –providencia de 2 de septiembre de 2010.

Con fundamento en esta disposición constitucional, el Consejo de Estado ha precisado que para que exista responsabilidad patrimonial del Estado se debe acreditar la existencia de un daño antijurídico y que dicho daño resulta imputable a la acción u omisión de una autoridad pública⁴.

En relación con la antijuridicidad del daño, la misma Corporación ha precisado:

"La antijuridicidad del daño de la que deriva su naturaleza resarcible, encuentra sustento (i) en el poder sancionador del Estado, del que quedaría desprovisto si se viera obligado a indemnizar todo daño que genere al desplegar sus competencias en forma legal y prudente. Así mismo, (ii) en el deber de acatamiento a las disposiciones legales, cuya transgresión no puede traer aparejada la indemnización del perjuicio derivado de ella, pues de la misma manera en que el orden jurídico confiere derechos a los asociados, también impone deberes jurídicos cuyo incumplimiento genera, en ocasiones, daños que pueden calificarse como jurídicos. En efecto, al actuar en contra de la prohibición legal de fraccionar el inmueble, la demandada asumió las conse[cu]encias lesivas de dicha transgresión, esto es, la carga de soportar aquello que tal situación podía generar; en conse[c]uencia, como no era un derecho legítimo de la demandante el fraccionamiento del predio, los perjuicios derivados de este no pueden ser catalogados como antijurídicos, pues al así obrar, asumió las consecuencias de su conducta, esta sí antijurídica"⁵.

Quiere decir lo anterior que, en materia de responsabilidad del Estado, un daño resulta antijurídico cuando además de lesionar un bien jurídico tutelado, la persona que lo padece no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo, pues en caso contrario, no existirá la obligación de repararlo.

El principio constitucional de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución, indica también que el Estado será responsable por los daños que por acción u omisión le sean imputables.

De acuerdo con la anterior disposición, el Consejo de Estado ha establecido, a través de su jurisprudencia⁶, que los fundamentos de imputación que estructuran la responsabilidad del Estado por hechos de terceros pueden variar según el caso, así: i)

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2014. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 18001-23-31-000-1999-00450-01(26386).

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de diciembre de 2016. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 76001-23-31-000-2006-00987-01(40038).

⁶ Sobre el estudio de los títulos de imputación de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, se pueden consultar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 20 de junio de 2017, expediente 18860, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; el 27 de noviembre de 2003, expediente 14220, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; el 3 de mayo de 2007, expediente 16696, M.P. Enrique Gil Botero, entre otras.

se imputará responsabilidad bajo el régimen subjetivo por falla del servicio si la conducta estatal de la cual se deriva el daño antijurídico es ilícita -contraria a los deberes jurídicos impuestos al Estado-, y el daño se atribuye a ésta; *ii*) si la conducta estatal generadora del daño es lícita, pero comporta riesgo, y el daño es producto de la materialización de dicho riesgo de carácter excepcional, el cual es creado conscientemente por el Estado en cumplimiento de sus deberes constitucional y legalmente asignados, el régimen de responsabilidad aplicable será el objetivo por riesgo excepcional; y *iii*) si la conducta estatal es lícita, no comporta riesgo y se desarrolla en beneficio del interés general, pero en todo caso produce un daño grave o anormal que rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas, se deberá aplicar el régimen de responsabilidad objetivo.

En caso de advertirse la existencia de una falla, el asunto se examinará bajo ese régimen de imputación, pues se recuerda, la falla del servicio es el título jurídico de imputación de responsabilidad estatal por excelencia.⁷

En efecto, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012⁸, unificó su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

El título de imputación de la falla del servicio tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención -deberes negativos- como de acción -deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

⁷ En sentencia de 7 de abril de 2011, expediente 20750, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió al respecto en los siguientes términos: "La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual".

⁸Expediente 21.515, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

2.2.2. De la afectación al buen nombre entendido como bien constitucionalmente protegido

El buen nombre entendido como un derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución, goza de un alcance internacional en virtud de disposiciones supranacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) que disponen de manera similar que "[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, **ni de ataques a su honra y reputación**".

La Corte Constitucional lo ha definido como *"la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás⁹ y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas". En ese sentido, constituye "uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social, y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad"*.¹⁰

De ahí la determinación del Consejo de Estado de subsumir la afectación a la reputación personal del demandante en el daño a la afectación de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, según la situación fáctica particular.¹¹

La afectación del buen nombre, de acuerdo a las consideraciones de la Corte Constitucional, puede darse por las informaciones falsas o erróneas, sin causa cierta o real, que se difundan ya sea de forma personal o a través de medios de comunicación de masas, siempre que se haga sin fundamento y que distorsionen el concepto público que se tiene de la persona, socavando el prestigio o la confianza de los que disfruta o cuando, en cualquier forma, se manipula la opinión general para desdibujar su imagen.¹²

Dada la protección y el deber constitucional del Estado de velar por la garantía de

⁹ Ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia, 30 de noviembre de 2012, párrafo 286.

¹⁰ Sentencia T 022 del 23 de enero de 2017, proferida por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, expediente: T-5.719.398

¹¹ Consejo de Estado, sección tercera subsección "A", sentencia del 16 de mayo de 2019. Exp. 45738, C.P. María Adriana Marín.

¹² Sentencia T 022 del 23 de enero de 2017, proferida por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, expediente: T-5.719.398

los derechos de sus asociados, habrá lugar a reparar el daño cuando provenga de él, declarando la responsabilidad por los perjuicios causados a una persona que no tiene jurídicamente el deber de soportarlos y siempre que resulte imputable a la administración, a través de los regímenes de responsabilidad, como la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.¹³

2.2.3. De la responsabilidad del Estado por el daño al buen nombre de los servidores públicos

Tratándose de los servidores públicos, el Consejo de Estado ha señalado que ceden un espacio razonable de interferencia en procura del derecho que tiene la comunidad de controlar la gestión pública en virtud de la prevalencia del interés público, en este sentido propuso dos criterios para tener en cuenta en el estudio que, de la afectación del buen nombre de los servidores denunciados, debe realizar el juez de instancia, así:¹⁴

“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”; (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”. 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.”

(Negrilla fuera del texto original).

No obstante, no puede afirmarse que los funcionarios públicos deben asumir todas las afectaciones que, en razón a su calidad, pueda hacerse con fundamento en la prevalencia del interés general, pues si bien es cierto, se encuentran sometidos a un umbral de tolerancia mayor a las de un ciudadano común respecto al escrutinio

¹³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera subsección “A”. Sentencia del 05 de abril de 2018. Radicado 25000233600020130217200. M.P.: Alfonso Sarmiento Castro. Demandante: Yidis Medina Padilla. Demandado: Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica.

¹⁴ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24097, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y sentencia del 02 de mayo de 2019, exp. 38879C.P. Ramiro Pazos Guerrero

público, también lo es que ello no puede justificar el *uso desmedido* de la información que de él se difunde en atención a la investigación, de tal forma que la declaración de reparación por afectaciones de las que pueda ser objeto el servidor, dependerá de la manera como se presenten las circunstancias del caso en concreto, siendo el papel del juez administrativo en este asunto, el de estudiar la situación en detalle y velar por la garantía de cada una de las partes del proceso, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y, si ocurrió o no una verdadera amenaza al derecho al buen nombre dada la proporcionalidad y/o magnitud de la ofensa.

En este sentido, la citada Corporación indicó el deber del juzgador de apreciar estrictamente el comportamiento de la institución estatal al instaurar una denuncia formal ante las autoridades competentes de investigarlas y juzgarlas, pues no solo disponen de la información institucional para corroborar la solidez de la sospecha sino que la acusación elevada por un órgano estatal suele estar dotada de un alto grado de credibilidad que *afecta de manera sensible y, en ocasiones irrecuperable, la honra y el buen nombre de los servidores públicos que son objeto de denuncias.*¹⁵

2.3. DEL CASO CONCRETO

La parte actora expuso que la investigación de responsabilidad fiscal No. PRF-06-044-10 adelantada por la demandada está revestida de ilegalidad por su falta de competencia, y que dicha actuación le produjo un daño antijurídico, pues: (i) el buen nombre del demandante se vio afectado con la publicación de información del proceso, por cuanto la divulgación de su nombre en medios de amplia circulación no solo puso su reputación y calidades personales y profesionales en entredicho, sino que generó la pérdida de oportunidad para acceder a nuevos empleos con entidades públicas; y (ii) la adopción de medidas cautelares por más de cuatro años, luego de haber sido desvinculado de la investigación, impidió la negociación del bien y su utilización para el acceso a créditos hipotecarios.

Por su parte, la Contraloría General de la República alegó que no existió daño antijurídico por la afectación al buen nombre, pues el demandante se encontraba en el deber jurídico de soportarlo por su calidad de servidor público. Para resolver la cuestión objeto de debate, el Despacho considera:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24097, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

2.3.1. El Daño antijurídico

2.3.1.1. De la afectación al buen nombre del señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny.

El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, debe ser antijurídico, comoquiera que este constituye un elemento necesario de la responsabilidad, y sólo ante su acreditación hay lugar a analizar la imputación del mismo al Estado.

El daño, consiste en la lesión patrimonial o extrapatrimonial, cierta, anormal, personal y presente o futura que la víctima sufre y, resulta antijurídica cuando ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.¹⁶

Tratándose de la afectación al buen nombre, el Consejo de Estado ha señalado que la sola manifestación al público de información respecto de una persona no produce *per se* la vulneración al derecho, pues deben ser de tal magnitud que generen un perjuicio moral demostrable,¹⁷ estableciendo cuatro elementos de juicio a saber, para acreditar el menoscabo del derecho:¹⁸

"(...) el juez deberá examinar si se encuentra demostrado que (i) la información fue inexacta o errónea o que se trató de expresiones injuriosas u ofensivas, (ii) la conducta de la parte demandada no dio lugar a la publicación de tal información, (iii) que con esa situación se generó un perjuicio cierto y (iv) que se distorsionó el concepto público que se tenía sobre el individuo directamente afectado [19][20]"

Nótese que para acreditar el daño, debe el demandante demostrar, a la luz de los presupuestos anteriormente expuestos, que se ha causado una vulneración o menoscabo al buen nombre, así pues, resulta indispensable acudir a la información

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2017, Exp. 33.976, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de 21 de marzo de 2012, expediente 23.478, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 24770, C.P. Danilo Rojas Betancourth en reiteración jurisprudencial de Consejo de Estado, sección tercera subsección "A", sentencia del 16 de mayo de 2019. Exp. 45738, C.P. María Adriana Marín.

¹⁹ "Cfr. sentencia de 21 de marzo de 2012, expediente 23.478, C.P. Mauricio Fajardo Gómez: "...tratándose de un juicio de responsabilidad, al demandante, le corresponde acreditar, más allá de la simple difusión de la información, que se ha afectado su derecho al buen nombre y a la honra, esto es, demostrar que: i) la información fue inexacta o errónea o que se trató de expresiones injuriosas u ofensivas; ii) que con su conducta no dio lugar a que se manifestara dicha información; iii) que con tal situación se le ha generado un perjuicio tangible y que; iv) como consecuencia, se ha distorsionado el concepto público que se tenía de esa persona.]] Sin el lleno de los anteriores presupuestos, no hay lugar entonces a considerar que se ha causado una vulneración o menoscabo de tales derechos y, por consiguiente, se tendrá por no acreditado el daño".

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 24770, C.P. Hernán Andrade Rincón.

contenida en el boletín de la CGR con el fin de analizar si de lo allí contenido se puede deducir la afectación alegada.

De los documentos que reposan en el expediente, se acredita que el 16 de abril de 2012 la Contraloría General de la República publicó Boletín de Prensa, que dice lo siguiente (se transcribe *in extenso*):²¹

"La Contraloría General de la República imputó cargos de responsabilidad fiscal contra seis funcionarios y un ex contratista del INVIAS por un detrimento patrimonial de \$13.951 millones de pesos, que se dio al no ejercer una adecuada defensa del Estado en el trámite de una millonaria conciliación del Instituto con el Consorcio conocido como Conigravas S.A.

La medida cobija al exdirector del INVIAS Mauricio Ramírez Koppel, a los miembros del Comité de Defensa Judicial y Conciliación del instituto en la época que sucedieron las irregularidades investigadas y al apoderado judicial de Invías en la conciliación, Francisco Ernesto Ramírez Vasco.

Los integrantes del Comité de Defensa Judicial y Conciliación del Invías de 2006 vinculados como responsables son:

(...) el Subdirector Técnico Financiero, Guillermo Alberto Petersson Prichodny. (...)

El próximo 9 de mayo se llevará a cabo la audiencia verbal de descargos.

Antecedentes:

El contrato que dio origen a la controversia legal y consecuente conciliación data del 7 de febrero de 1983 y fue adicionado en ocho oportunidades.

Se trata de un contrato de obras públicas por el sistema de precios unitarios, suscrito por el Ministerio de Obras Públicas y el Fondo Vial Nacional con el Consorcio Conic S.A. Botero Aguilar y Cía. Ltda. por un valor de \$600 millones, que tenía por objeto adelantar obras de ampliación, rectificación y pavimentación en la carretera Medellín-Turbo, ruta 21, tramo 14. La carretera contratada nunca se terminó.

El consorcio Conuc S.A. Botero Aguilar y Cia Ltda. cedió sus derechos y obligaciones a Conigravas S.A. y otros, actualmente demandantes.

La controversia surgió por una deuda inicial de 690 millones de pesos, que en una primera conciliación aceptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en 1998, paso a superar los 25.000 millones de pesos, suma que fue reconocida y pagada en ese mismo año.

Consecuencias de la conciliación

El problema surgió a finales de 2006 cuando, al atender una nueva demanda, el INVIAS aceptó una segunda conciliación, esta vez por \$74.000 millones.

²¹ *Ibídem.*

Esta nueva conciliación fue aprobada, otra vez, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que además ordenó embargar las cuentas del INVIAS."

Igualmente informa que para la entidad, *"no hubo una adecuada y efectiva defensa judicial en el proceso que conllevó a una conciliación soportada en decisiones del Comité de Conciliación del INVIAS, que desconocieron los principios de la administración pública y la gestión fiscal."*²² Información que fue reproducida por Revista Dinero y periódico El Espectador el mismo día,²³ los cuales sólo pueden ser tenidos en cuenta para probar la existencia de la noticia y que el comunicado fue publicado en varios medios de prensa.

De la lectura del boletín de prensa, se encuentra que se limita a informar acerca de la imputación de cargos del proceso de responsabilidad fiscal por una conciliación aprobada que, a su juicio, generó un detrimento patrimonial. Es decir, comunica el inicio de una acción para verificar la conducta de las personas que hicieron parte de la conciliación. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el derecho al buen nombre no es absoluto, pues la persona *no puede basarse en ellos para impedir la circulación y manejo del dato cierto, o la iniciación de investigaciones penales o administrativas dirigidas a verificar su conducta.*²⁴

Aunado a lo anterior, no se encuentra que los datos hayan sido redactados en términos ofensivos o injuriosos de manera que pudieren haber generado el menoscabo del derecho de la parte demandante, tampoco que hubieren sido erróneos o inexactos, habida consideración que, informa como meros vinculados más no como responsables a los miembros del Comité y, hace un recuento del contrato que originó la controversia y las consecuencias de la conciliación.

También, se aportan los artículos de prensa de El Tiempo de fecha 16 de abril de 2012,²⁵ El Meridiano de fecha 17 de abril de 2012²⁶ y El Espectador de fecha 11 de julio de 2012,²⁷ en los que se informa la imputación de cargos de responsabilidad fiscal contra seis exfuncionarios del INVIAS, sin embargo, no se señala de manera particular la situación del señor Petersson ni se está acusando de responsable fiscal, sino que por el contrario, se trata del relato de unos hechos y de

²² Folio 20. Archivo "95. Comunicados Prensa.pdf" en carpeta Anexo CD otras pruebas.

²³ Ibídem.

²⁴ Sentencia C-350 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁵ Folio 20. Archivo "90. El tiempo abril 2012.pdf" en carpeta Anexo CD otras pruebas

²⁶ Folio 20. Archivo "86. Mediterráneo abril 2012.pdf" en carpeta Anexo CD otras pruebas.

²⁷ Folio 20. Archivo "89. Espectador julio 2012.pdf" en carpeta Anexo CD otras pruebas

afirmaciones generales respecto de los reproches, que realizó el ente de control, contra la Conciliación del 2006 en el caso CONIGRAVAS y la imputación de cargos con la cual se da inicio a la investigación.

Cabe agregar que la parte demandante, no probó que la información allí contenida hubiere causado una distorsión ante el público en general, respecto de su reputación, pues si bien, el 10 de julio de 2015, en intercambio de correos con la señora Cristina Palacios, se manifiesta al demandante lo siguiente "*Se me olvidaba no estado implicada en mal manejo de recursos de la nación, ni he estado en lista negra ni me han impedido salir del país*",²⁸ se destaca que ello se debe al contexto de los comentarios, es decir, por un intercambio de reproches de los ciudadanos en calidad de vecinos dado los desacuerdos administrativos dentro del conjunto residencial, más no evidencia que se distorsione el concepto público del señor Guillermo Alberto Petersson Prochodny.

Además, pese a que se ha aceptado por el Máximo Tribunal que la acusación elevada por un órgano estatal suele estar dotada de un alto grado de credibilidad que *afecta de manera sensible y, en ocasiones irrecuperable, la honra y el buen nombre de los servidores públicos que son objeto de denuncias*,²⁹ mal haría el despacho en declarar responsabilidad por ese solo hecho y relevar de su carga a la parte demandante de probar el daño como el primer elemento de la responsabilidad, máxime si existe sospecha de que el funcionario público ha cometido una falta, por lo cual debe garantizarse con mayor urgencia el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones de la entidad, y no puede privarse a la opinión pública de estar al tanto del hecho que ha de ponerse en conocimiento de las autoridades competentes a fin de establecer la verdad,³⁰ ello por cuanto no podía la CGR impedir la reproducción del boletín de prensa en los medios de comunicación.

De igual forma, es necesario precisar que, aun cuando se demostró que el proceso de responsabilidad fiscal concluyó con el archivo definitivo de la acción por falta de competencia mediante auto No. 406 de fecha 18 de agosto de 2015,³¹ esa sola circunstancia no configura el daño al buen nombre, en la medida que es un juicio que hace parte del estudio de la imputación de la responsabilidad a la

²⁸ Folio 20. Archivo "99. Correo condominio.pdf" en carpeta Anexo CD otras pruebas

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

³⁰ *Ibidem*.

³¹ F. 73. Archivo "28.Vigésimo octava carpeta principal - Folios 5360-5430.pdf" CD 3

Contraloría General de la República para la configuración del menoscabo alegado, de ahí la importancia de la distinción del daño y la imputación como elementos para configurar la responsabilidad del Estado.

Sumado a lo anterior, es de conocimiento que la normativa colombiana ha impuesto a los ciudadanos y especialmente a los servidores públicos el deber de colaborar con la justicia, situación que se traduce incluso al sometimiento a las investigaciones de control fiscal, que de acuerdo con la Constitución Política, debe ser ejercido por la Contraloría General de la República.³²

No puede perderse de vista que la tolerancia de los servidores públicos a que sus actuaciones sean de conocimiento de la ciudadanía debe ser mayor. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expuso que dado que estas personas están en el centro del debate público y voluntariamente se exponen al escrutinio, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica, en este sentido mencionó que *“los límites de la crítica aceptable deben ser más amplios con respecto a un político como tal que con relación a un individuo particular. Ya que el primero expone su persona a un escrutinio abierto de sus palabras y actos tanto por la prensa como por el público en general y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia”*.³³

Lo dicho hasta aquí permite distinguir dos criterios frente a los asuntos relacionados con la participación del Estado en la afectación al buen nombre de los servidores públicos, el primero, el tocante al sometimiento aceptado para ser objeto del control público de su gestión, ya sea por parte de las instituciones estatales o la ciudadanía, donde el funcionario permite de manera consciente ser vigilado y controlado por las actuaciones que desempeñe en ejercicio de su función pública, y el segundo la credibilidad de las afirmaciones difundidas por la entidad, pues este juzgado no desconoce que si se hacen de manera desproporcionada, pueden afectar la honra y buen nombre del servidor público, sin embargo ello no puede ser impedimento para que la administración, también en ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de un deber legal, adelante indagación preliminar o investigación por las conductas de aquellos que tienen un vínculo con el Estado.

³² “Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. (...)”

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). 3 - Capítulo II – Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio. En Organización de los Estados Americanos. Recuperado de la página web de consulta pública <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=610&> el 20 de agosto de 2019.

Es decir, el inicio de una investigación avalada por un mandato legal y las manifestaciones públicas que haga las entidades sobre el inicio de la acción -en cumplimiento del principio de transparencia-, *per se*, no constituyen una afectación al buen nombre del servidor público,³⁴ sin que ello imposibilite, cuando se demuestre, la reparación de un daño antijurídico por el actuar del Estado, en la medida que (i) las acusaciones son de tal magnitud que generan un perjuicio, (ii) sobrepasan el umbral de tolerancia a que está sometido el servidor público, (iii) la información difundida fue inexacta o errónea o que se trató de expresiones injuriosas u ofensivas y (iv) que se distorsionó el concepto público que se tenía sobre el individuo directamente afectado, requisitos que no se demostraron en el caso que se estudia para la configuración del daño, pues en ningún aparte del boletín de prensa del CGR se condenó de manera anticipada al investigado por los citados hechos, ya que se informó del inicio de una investigación de responsabilidad fiscal de la cual pudo ser objeto el señor Petersson Prichodny en virtud de la calidad de servidor público que ostentaba para el momento en que formó parte del Comité de Conciliación del INVIAS.

En cuanto a la afirmación del demandante de la "afectación a la reputación de sus calidades profesionales con la publicación de información del proceso en medios de amplia divulgación", evidencia el despacho en testimonio de la señora Rosario Gaitán de Francisco (en calidad de esposa),³⁵ que afirma que antes de la investigación presentaba *una `carrera promisoria en el sector financiero´*, empero, luego de ella se presentaron cambios en los ingresos económicos y en las oportunidades profesionales del señor Petersson, en la medida que él presentó intereses por las vinculaciones laborales con el sector público, tanto así que dirigió sus estudios para tal fin, además, manifiesta que *"le costó trabajo nuevamente conseguir empleo después de que salió del INVIAS"*.

De lo anterior, debe hacerse las siguientes precisiones, en primer lugar, no se acreditó la alteración en las condiciones económicas del demandante y que, con ocasión a la investigación se hubiera visto impedido a continuar con sus aspiraciones laborales en el sector público; en segundo lugar, la desvinculación del INVIAS ocurrió el 16 de abril de 2007,³⁶ antes de que la Contraloría General de la República decidiera dar apertura a la indagación preliminar en el proceso de

³⁴ Sentencia C-720/06 23 de agosto de 2006. Corte Constitucional. Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández

³⁵ F. 76 del expediente. Testimonio practicado el 29 de mayo de 2019.

³⁶ F. 73. Archivo "14.-Décimocuarta carpeta principal – folios 2572-2771.PDF" obrante en CD 3.

responsabilidad fiscal, el 19 de noviembre del 2010³⁷ y vincular al demandante mediante auto del 30 de marzo de 2012 aclarado por auto del 19 de abril de 2012 al proceso de responsabilidad fiscal que fuere abierto formalmente el mismo día.³⁸ En todo caso, tampoco se observan esfuerzos probatorios de la parte demandante para demostrar que con ocasión a la investigación se hubiera tornado compleja la búsqueda de nuevos empleos, por el contrario, del mismo testimonio se evidencia que al momento de iniciar la investigación fiscal, *el señor Petersson Prichodny ya se encontraba vinculado desde el 2009 al banco BBVA como Gerente de Banca Institucional, devengando alrededor de doce millones de pesos mensuales (\$12.000.000).*

Conforme a lo anterior, tampoco se probó la afirmación de la parte actora relativa a que se presentó la pérdida de oportunidad para acceder a nuevos empleos con entidades públicas, por el contrario, se demostró que el demandante fue desvinculado del proceso en audiencia del 17 de octubre de 2012,³⁹ situación que impidió anotación de tipo fiscal en el Boletín de responsables fiscales (artículo 60 Ley 610 del 2000) que imposibilitara al demandante acceder a cargos públicos o contratar con el Estado.

2.3.1.2. De la imposición de la medida cautelar al bien del señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny

En lo relacionado con la imposición de medidas cautelares impuestas durante el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 06-044-10, el despacho evidencia lo siguiente:

Mediante auto del 13 de abril de 2012 se ordenó el decreto de medidas cautelares contra el señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny, como consecuencia de lo anterior, se ordenó el embargo del inmueble ubicado en el Municipio de Ricaurte Cundinamarca, dirección K 18 No. 19-145 urbanización "Los Ocobos de Peñalisa", No. Predial 01-00-0001-0039-801.

Sin embargo, a pesar de ser desvinculado 6 meses después del proceso de responsabilidad fiscal, esto es, el 17 de octubre de 2012, la medida cautelar se mantuvo vigente hasta el 21 de junio de 2016,⁴⁰ hecho que no fue controvertido

³⁷ F. 73. Archivo "1.-Primera carpeta principal – Folios 1-212. PDF" CD 3.

³⁸ F. 73. Archivo "16.-Décimosexta carpeta principal – folios 2985-3181.PDF" obrante en CD 3

³⁹ F. 78. "1.-CARPETAS PRINCIPALES 22 Y 23" obrante en medio electromagnético.

⁴⁰ F. 20. Archivo "100.Certificado liber guille.pdf" Anotación No. 014 de fecha 21 de junio de 2016.

por la entidad demandada, según se ve en contestación de la demanda.

El artículo 12 de la Ley 610 de 2000 prevé que en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público. Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia.

Lo anterior quiere decir que la medida cautelar solo puede mantenerse vigente mientras el funcionario se encuentre vinculado al proceso de responsabilidad y no extenderse en el tiempo, manteniéndose en el asunto *sub examine* un gravamen que no se encuentra en el deber de soportar.

El régimen aplicable al caso concreto es la falla del servicio, en el que el demandante debe demostrar los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado, es decir el daño, el hecho de la administración y el nexo causal.

Una vez presentes tales elementos, la entidad demandada se libera de responsabilidad demostrando que su actuación fue en grado prudente y diligente y que no fue omisiva, es decir, acreditando que se adoptaron todas las medidas necesarias al realizar la actividad, y por tal razón no se compromete la responsabilidad. En este sentido, el Consejo de Estado⁴¹ ha considerado que:

A partir de esa causa petendi, como resulta evidente, la parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del servicio, régimen que supone, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda tanto la acreditación del daño, como de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración.

La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción

⁴¹ Consejo de Estado, sentencia del 7 de abril de 2011, Consejo ponente: Mauricio Fajardo Gómez; adicional ver sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163; sentencia del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738; sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837; sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787 y sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera", así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

*Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; **si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.***

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.

(Negrilla del Despacho).

De acuerdo a lo anterior, evidencia el despacho que, se presentó falla en el servicio por parte de la Contraloría General de la República, pues si bien, en ejercicio de sus atribuciones dio apertura a la indagación preliminar No. 6-044-10 con fundamento en la suscripción del auto aprobatorio de la Conciliación admitido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el año 2006,⁴² y mediante auto No. 939 del 23 de septiembre de 2010, el Contralor Delegado de Infraestructura declaró abierto el proceso de responsabilidad fiscal No. 06-044-10 contra los

⁴² F.73. Archivo "1.-Primera carpeta.pdf" CD 3

miembros del Comité, decisión que fue objeto de recursos y solicitud de nulidad, por presentarse la falta de competencia del ente de control para dar inicio al proceso fiscal, lo cierto es que lo hizo sin tener competencia, pues el 18 de agosto de 2015 mediante auto No. 403 el ente de control resolvió cesar el procedimiento de responsabilidad fiscal No. PRF 06-044-10, considerando: ⁴³

"(...)

8.- Siendo, entonces, la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia una providencia que puso fin (en forma anormal) al proceso ejecutivo y que hizo tránsito a cosa juzgada judicial definitiva e irrefragable, respecto de la cual si bien puede deducirse a los Magistrados las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales que resultaren del caso, es claro que ante una decisión judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada, los mecanismos idóneos para hacer efectivas tales responsabilidades por parte de las autoridades competentes y mediante los procedimientos legalmente señalados son ajenos a las reglamentaciones propias del proceso de responsabilidad fiscal, este proceso no es el camino para seguir contra la existencia y validez de la decisión judicial de los Magistrados ni para deducirles responsabilidad de orden fiscal.

9.- En este orden jurídico, la Contraloría General de la República, como autoridad administrativa de control, carece de competencia para cuestionar o enjuiciar fiscalmente dicha decisión, lo cual de igual modo comprende que la decisión de aprobación o declaración de estar ajustada la Conciliación a la legalidad implica, también, el reconocimiento judicial de la legalidad de la actividad funcional desplegada por los miembros del Comité de Defensa Judicial y conciliación de Inviás que intervinieron en la misma. Es decir, si es legal la decisión de aprobación también lo es el acto aprobado, por lo tanto, se carece de competencia para legal y fiscalmente enjuiciar tanto la decisión de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia, sala Sexta de Decisión, así como la de los miembros de dicho comité.

(...)

13.1.- Fuera de la improcedencia de analizar una decisión judicial que haya hecho tránsito a cosa juzgada como objeto de responsabilidad fiscal, debe señalarse también que cuando se hace un pago proveniente de una conciliación, como ocurrió en los hechos que ahora ocupan a la Contraloría Delegada, procede la acción de repetición, hoy medio de control de repetición, consagrada en la ley 678 de 2001.

(...)"

En Auto No. 0173 del 28 de septiembre de 2015, se ordenó en grado de consulta el archivo definitivo y levantar las medidas cautelares vigentes,⁴⁴ indicando que la responsabilidad también resulta improcedente, pues la decisión adoptada por los servidores públicos carece de la virtualidad de generar un detrimento patrimonial,

⁴³ F. 20 Archivo "81. Auto 403.archivo. pdf". CD

⁴⁴ *Ibidem*.

pues se trata de una mera expresión del ánimo de conciliar, siendo el auto aprobatorio del Tribunal Administrativo de Antioquia el que da lugar al pago y no la sola decisión adoptada por el Comité.

Lo anterior, aun cuando desde el 25 de noviembre de 2010, el señor Adolfo Weybar Siniestra, en calidad de Asesor de Gestión de la Contraloría Delegada de Infraestructura, consideró que no se configuró daño patrimonial pues no se realizó desembolso de dineros. Es decir, la entidad desde antes de dar apertura a la investigación tuvo conocimiento de su falta de competencia.

Aunado a lo anterior, impuso medidas cautelares sobre el bien del demandante con ocasión a su vinculación mediante auto del 30 de marzo de 2012 aclarado por auto del 19 de abril de 2012 al proceso de responsabilidad fiscal que fuere abierto formalmente el mismo día⁴⁵ y la imputación de cargos mediante auto 24 de 18 de julio de 2012,⁴⁶ las cuales se mantuvieron en el tiempo a pesar de que (i) fue desvinculado del proceso el 17 de octubre de 2012 sin declaración como responsable fiscal y se ordenó allí mismo el levantamiento de las medidas cautelares impuestas, y (ii) el 12 de agosto de 2015 solicitó expresamente su levantamiento por parte del afectado⁴⁷.

No obstante lo anterior, el despacho observa en la solicitud de liquidación de perjuicios de la demanda que actúa como único peticionario el señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny, en calidad de víctima directa, solicitando la reparación de los perjuicios materiales e inmateriales causados, así:

1. El pago de lucro cesante consolidado por la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), como consecuencia de la afectación al buen nombre del demandante, habida consideración que perdió la oportunidad para celebrar contratos con entidades públicas, acceder a nuevos empleos.

2. El pago de 500 s.m.l.m.v por concepto de perjuicios morales, en virtud de la afectación al buen nombre, sufriendo una afectación moral que se concreta en un dolor de extrema intensidad (f.4 adverso)

3. Medidas simbólicas no pecuniarias de reparación integral, relativas al

⁴⁵ F. 73. Archivo "16.-Décimosexta carpeta principal – folios 2985-3181.PDF" obrante en CD 3

⁴⁶ Fl. 73 Carpeta 21 del expediente de responsabilidad obrante en CD 3

⁴⁷ F.73. Carpeta 28 del expediente de responsabilidad fiscal obrante en CD 3

reconocimiento de la afectación al buen nombre y disculpas públicas a través de medios masivos de comunicación.

Sin embargo, como se estudió en el acápite "2.3.1.1. *De la afectación al buen nombre del señor Guillermo Alberto Petersson Prichodny*", no se acreditó la configuración de un daño antijurídico por la afectación al buen nombre, requisito *sine qua non* para la reparación de perjuicios.

En cuanto a la reparación por el daño causado con la imposición de medidas cautelares por más de cuatro años, encuentra el despacho que no fueron solicitadas, de manera que, no puede de oficio, reconocer pago por este concepto, máxime cuando en testimonio obrante a folio 76, de la señora María del Rosario Gaitán de Francisco - esposa del demandante-, manifestó que aunque dentro de los planes familiares programados se encontraba el vender la finca por la poca oferta y buena demanda, se resalta que afirmó también que consistió en una mera proyección pues, materialmente no fue puesta en venta ni antes ni después del proceso de responsabilidad fiscal, luego, no se evidencia perjuicio que deba ser indemnizado.

2.4. Respuesta a los argumentos de las partes: precisiones sobre el precedente y antecedente jurisprudencial que sirve de apoyo a su tesis.

La parte actora, dentro del escrito de alegatos de conclusión obrante a folios 86 a 95 del expediente, hace alusión a distintos pronunciamientos jurisprudenciales con el fin de demostrar la afectación del buen nombre del funcionario cuando en un procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal se publicita y posteriormente es revocada la decisión de vinculación. Al respecto, trae a colación la sentencia del Consejo de Estado de fecha 30 de enero de 2013,⁴⁸ resaltando:

*"Para el caso en estudio, es evidente la afectación sufrida por el demandante, toda vez **que su nombre y su imagen se vieron afectados con la inclusión en tal Boletín y en la noticia publicada en el periódico, siendo este inocente, tal como fue determinado posteriormente con la decisión que revocó los autos que habían declarado su responsabilidad. La falla en el servicio se materializa cuando la administración admite que hubo un error en la primera decisión y revoca los autos, ordenando el archivo de la investigación** y la exclusión del nombre del señor Cagua Cardozo del **Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría**, pero ya era demasiado tarde, pues la afectación moral y la imagen del señor ya se habían visto comprometidas, situación que da lugar a una indemnización por parte de la Administración [...]"*

⁴⁸ Consejo de Estado, sección Tercera. Exp. 25221. C.P.: Olga Melida Valle de la Hoz.

Del apartado anterior, debe decir el despacho que si bien, en esa oportunidad el Máximo Tribunal encontró probada la falla en el servicio de la Contraloría (imputación), por el error en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, lo hizo en razón a las particularidades del caso, pues el buen nombre del actor se vio comprometido con la inclusión dentro del Boletín de Responsables Fiscales y la publicación de esta situación en el artículo de periódico (daño). Situación que dista de la que aquí nos compete, pues de acuerdo con la situación fáctica del caso estudiado en el año 2013 por el Consejo de Estado, el demandante sí fue incluido en el Boletín de responsabilidad fiscal siendo inocente, escenario que a todas luces produce un señalamiento mayor que aquel que debe soportar el funcionario sobre el cual apenas se está iniciando una investigación, pues recuérdese que los efectos de la inclusión en tal boletín solo se realiza *a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.*⁴⁹ A ello, se suma que el H. Magistrado encontró que la falla en el servicio se materializó cuando la administración admitió que hubo un error en la primera decisión y revoca los autos, ordenando el archivo de la investigación, luego de que ya se había concretado el daño.

Igualmente cita el pronunciamiento del Juzgado Cuarenta (40) Administrativo de Bogotá de fecha 30 de noviembre de 2018,⁵⁰ en el que se resuelve el asunto de otro de los investigados en el proceso de responsabilidad fiscal PRF-06-044-10, así:⁵¹

*"Ahora bien, al analizar si el actuar de la Contraloría generó una información desproporcionada que afectó el buen nombre del demandante es pertinente recordar que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha dicho que los servidores públicos deben soportar la divulgación de la información concerniente a sus conductas, que provienen de los medios de comunicación, postura que no se ajusta a las circunstancias fácticas del caso, al estar acreditado que más allá que la demandada solo ha expedido un boletín de prensa en el año 2012 referente al caso de responsabilidad fiscal No. 06-044-10, **este generó que la información personal del interesado se multiplicara en los medios de comunicación, hecho que desencadenó la afectación al buen nombre del libelista**, es decir, no es relevante si la demandada expidió múltiples boletines de prensa sobre el asunto, **lo importante es reconocer que su negligencia dentro del proceso de responsabilidad fiscal fue el causante de que se publicara una información desproporcionada acerca del señor Gasca.***

(...)

*"Todo lo explicado, permite afirmar con certeza que el daño antijurídico se conformó, al ser cierto, personal, determinado y estar plenamente probado, **siendo una carga que***

⁴⁹ Artículo 610 de 2000

⁵⁰ Juzgado Cuarenta Administrativo – Sección Cuarta. Sentencia 30 de noviembre de 2018. Radicado 11001-33-31-040-2017-00238-00. Juez Teresa de Jesús Montaña González.

⁵¹ Se transcribe tal y como fue citado por la parte demandante, con subraya y negrilla.

el señor Augusto Ramírez Gasca no tenía que soportar, de forma que, su buen nombre no se hubiera afectado de no ser por la falla en el servicio de la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 06-044-10 al actuar con poca diligencia y empeño.

*El análisis probatorio realizado de forma minuciosa, constituye el fundamento para declarar no probada la excepción de "inexistencia del daño antijurídico", propuesta por la Contraloría General de la República, pues si bien el señor Gasca es un servidor público, y como tal, está sometido a ser investigado por su gestión fiscal, **en este caso existió una falla en el servicio por negligencia de la demandada en el proceso de responsabilidad fiscal No. 06-044-10.**"*

De la revisión de la providencia, con el fin de examinar la posible aplicación del precedente judicial horizontal para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad,⁵² advierte este despacho que se encuentra fundada en el análisis realizado por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 29 de agosto de 2012,⁵³ sobre la colisión entre el derecho fundamental al buen nombre de los funcionarios públicos y el derecho al ejercicio del control de la gestión pública como requisito para la efectiva materialización del principio democrático, realizando la ponderación de los mismos a partir de los criterios orientadores propuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como son (i) el principio de distinción de personas públicas en asuntos de interés público y personas y asuntos de interés privado, estableciendo en qué calidad actúa el funcionario, pues la estrictez para juzgar la vulneración del derecho depende si la denuncia se fundamenta en la actuación realizada en ejercicio de su gestión como funcionario público que afecta el interés general, evento en el cual debe soportar una mayor injerencia en el control de su gestión; (ii) el principio de aplicación del estándar de la "real malicia", al estar las autoridades públicas sujetas a un mayor escrutinio de su gestión, se debe establecer si quien denuncia lo hizo de manera diligente y asunte de dolo; y (iii) el principio de la inversión de la carga de la prueba, requiere que el funcionario denunciado pruebe la ligereza en que se incurrió cuando la entidad a la cual se encontraba vinculado, u otra elevó, denuncia por hechos que puedan afectar su honra y buen nombre.

Con ocasión a estos parámetros, el juzgado concluyó (i) que ante la colisión del derecho al buen nombre de los servidores públicos y el derecho de las instituciones estatales al ejercicio del más amplio y efectivo control sobre la gestión de los servidores

⁵² Corte Constitucional SU 354 de 2017. M.P.: Iván Humberto Escruería Mayolo.

⁵³ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia 29 de agosto de 2012. Exp. 24097. C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo

públicos, la conducta de la autoridad que inicie investigación debe ser diligente y eficiente, exigencia que disminuye cuando la denuncia la presenta un medio de comunicación y (ii) existe daño antijurídico cuando la información divulgada por la institución estatal no fue objeto de un mínimo de verificación, se formula sin cumplir con la debida diligencia o con dolo.⁵⁴

El análisis de los elementos de la responsabilidad en el caso concreto se realizó de manera conjunta, estudiando la actuación de la Contraloría para así verificar si los hechos que dieron lugar a la acción generaron el daño. En el estudio del caso, se dio aplicación a los criterios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, determinando que (i) si bien el demandante ostentaba la calidad de servidor público, en el proceso de responsabilidad fiscal no se acreditó que actuara contra el interés general, máxime cuando el Tribunal Administrativo de Antioquia al estudiar la aprobación de la conciliación tuvo que analizar que no afectara el patrimonio público, (ii) La Contraloría no tenía competencia, sobre todo porque el espíritu de la investigación era recuperar unos dineros públicos producto de una conciliación que fue aprobada por vía judicial, decisión que goza de efectos de cosa juzgada. Concluyó entonces que el ente de control quebrantó el principio de la real malicia, pues sin fundamento jurídico inició proceso de responsabilidad fiscal que se traduce en una omisión que afectó el buen nombre del demandante, derecho que prima sobre el de las instituciones públicas en el ejercicio del control sobre la gestión de los servidores públicos con fundamento en el principio democrático y (iii) se probó que el ente de control, a pesar de las advertencias de los imputados, insistió en iniciar proceso de responsabilidad, lo que demuestra la ligereza de la entidad investigadora.

Consideró que el derecho del demandante fue vulnerado, con lo cual se exterioriza el daño antijurídico (lesión de bien protegido y negligencia de la demandada que generó que el daño no fuera soportable), toda vez que si la contraloría hubiera reconocido desde el principio su falta de competencia para endilgar responsabilidad no habría tenido que declarar los hechos de impacto nacional y por contera, los medios de comunicación que publicaron múltiples noticias en las que identificaba expresamente como presunto responsable al demandante, no lo hubieran realizado, es decir, el actuar de la CGR fue el causante de la publicación de la información.

⁵⁴ Al respecto cita Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 01 de agosto de 2016, exp. 33902 C.P: Danilo Rojas Betancourth.

No obstante, el despacho se aparta de la anterior postura por las razones que pasan a exponerse:

- En primer lugar, de antaño, se ha considerado que la responsabilidad del Estado se configura cuando se encuentran probados tres elementos: daño antijurídico, imputación a la administración y nexo causal.⁵⁵

La postura acogida por Consejo de Estado consagra que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es **un daño que debe ser antijurídico, no porque necesariamente la conducta de la entidad deba ser contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio**, razón por la cual se reputa indemnizable.⁵⁶

Así pues, la antijuridicidad del daño, no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración o de su diligencia para realizarla, sino del derecho de la víctima de no soportarlo,⁵⁷ de manera que la responsabilidad del Estado reposa en la calificación del daño que se causa, que a la postre, debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable,⁵⁸ anormal⁵⁹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida.⁶⁰

En este sentido, el Máximo Tribunal Contencioso⁶¹ ha señalado que sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que

⁵⁵ El artículo 90 de la Constitución Política prevé los elementos de la responsabilidad, de la siguiente manera:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

⁵⁶ Sentencia C-043 de 2004.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168

⁵⁸ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁵⁹ "(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

⁶⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

⁶¹ HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª editorial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203 en cita de Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 21 de noviembre de 2017, exp. 38549. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

esperar a su concreción material, podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece.

La imputación, por su parte, consiste en la atribución que del daño debe hacerse a la entidad. Por lo cual, debe ser analizada en dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación).⁶²

Si bien, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, ello debe hacerse solo cuando se encuentre probado un daño antijurídico, lo que se resume en la necesidad de identificar y estudiar cada elemento de la responsabilidad para que pueda ser endilgada a la administración.

Coincide este despacho que las exigencias que deben cumplir las instituciones estatales cuando instauran denuncia formal, al presentarse sospechas acerca de actuaciones susceptibles de dar origen a responsabilidad fiscal de servidores públicos, son mayores por (a) disponer de información institucional que les permite cerciorarse de la solidez de su sospecha y (b) suele estar dotada de un alto grado de credibilidad; sin embargo, este es un criterio que al faltar, por sí mismo, no resulta equivalente al daño antijurídico, sino al juicio de reproche que se hace a la entidad, por no cumplir con un mínimo de diligencia y que originó o constituyó la causa del daño alegado.

Por lo expuesto, aunque este juzgado no desconoce que las irregularidades en un proceso de responsabilidad fiscal, como es el actuar sin competencia, pueden conducir a una eventual declaratoria de responsabilidad, lo cierto es que la falla de la administración no es el único elemento que se debe estudiar para llegar a la referida declaración, pues es necesario la existencia de un nexo causal entre este y el daño antijurídico que, como se expuso, no se configura *per se* por el actuar de la entidad sino por no resultar soportable jurídicamente.

Finalmente, se reitera, en el *sub examine*, no se probó que el daño alegado tuviera el carácter de antijurídico, ya que desde la perspectiva de todo servidor público en el ejercicio de sus funciones y el goce de su derecho al buen nombre, el demandante se encontraba en el deber de tolerar proporcionalmente no solo el inicio de una investigación, sino también el señalamiento que los medios de comunicación hicieran en ejercicio de un control democrático de la gestión pública.

⁶² *Ibidem*.

- En segundo lugar, el derecho que tiene la comunidad de ejercer el control sobre la gestión del servidor público en cuanto una de las principales derivaciones del principio democrático, no puede asimilarse al deber de la administración de velar por el correcto ejercicio de la función pública, que en efecto, constituye una función del órgano estatal y no un derecho del cual pueda o no disponer libremente para ejercer el control.

La Constitución Política prevé que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares,⁶³ velar por el correcto ejercicio de los servidores en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, de ahí la atribución, que por mandato constitucional le fue otorgada, para controlar, vigilar e investigar, por intermedio de sus dependencias.

El artículo 267 *ibídem* prevé a cargo de la Contraloría General de la República, el control fiscal, como una función pública de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

A su turno, el artículo 268 de la norma constitucional, otorga al ente de control la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

Distinto al derecho de los ciudadanos para participar en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa, de tal forma que, pueda vigilar la gestión pública, en pro de la democracia participativa.

La Corte Constitucional, tras desarrollar el principio de democracia participativa de los ciudadanos, sostiene que abarca múltiples ámbitos sociales, que desbordan el electoral y entre los que se hallan, a modo de enunciación, la educación, la participación ambiental, la vida económica y el control al poder público.⁶⁴ En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado:⁶⁵

"El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre su gestión, así como la participación ciudadana más amplia."

⁶³ Artículo 2.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 263 de 2010. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁵ Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, consultado en la página web: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion> el día 29 de agosto de 2012.

En este lugar vale la pena destacar que no puede confundirse el deber de las entidades de ejercer el control respecto al desempeño de los funcionarios públicos, pues ello supondría que, a su libre arbitrio, podría la entidad decidir si inicia o no una investigación al funcionario público aunque exista razón para hacerlo.

Ahora bien, es cierto que a la entidad le asiste la obligación de cerciorarse que existen méritos para llevar a cabo una investigación por lo cual debe existir mayor exigencia en las afirmaciones, acusaciones, denuncias y en general, cualquier señalamiento que del servidor pueda hacer; de manera que, pueda responder por las consecuencias de su falta de diligencia; empero, ello en ningún caso constituye el ejercicio de un derecho que deba ser sopesado con el derecho al buen nombre del servidor público.

Es a partir de la distinción entre derechos, deberes, atribuciones o funciones que el juez debe realizar el ejercicio de ponderación, máxime, cuando este consiste en el mecanismo para resolver la colisión **entre dos principios y derechos**; en palabras de Pulido (2005), es a partir de él que debe darse aplicación a los principios que concurren al caso:

"[L]a ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan "que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".^[7]

(...)

Para establecer esa "mayor medida posible" en que debe realizarse un principio es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.⁶⁶

La ponderación debe desarrollarse a partir de tres variables, (i) el grado de afectación de un principio, leve, medio o intenso; (ii) el peso abstracto que consiste en la justificación de la afectación del otro principio y (iii) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

- Con todo, es menester precisar que los Criterios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentran direccionados para ponderar el

⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos. (2005). El derecho de los derechos. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. ISBN 958-616-902-2, Págs. 97 – 111.

derecho al buen nombre de los servidores públicos y el derecho a la libre expresión e información de los ciudadanos y/o medios de comunicación, como pilar de una sociedad democrática. En ellos, se indicó la necesidad de reconocer, por un lado el sistema dual de protección de las personas públicas y las personas privadas, y por otro, la existencia de la atribución subjetiva de la información, de manera que, solo hay lugar a reparar aquella producida con "*real malicia*", hecho que debe ser probado por quien considere afectado su derecho.⁶⁷

En este sentido, el organismo internacional precisó que en virtud del análisis de la "*Real malicia*", se debe demostrar que quien se expresó, lo hizo con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos.⁶⁸

Ahora, si se encontrara pertinente hacer su extensión al análisis de la responsabilidad del estado por los daños causados al buen nombre del servidor público en virtud del tratamiento mediático de la investigación por parte de la entidad, es un examen que debe hacerse en el juicio de imputación como consecuencia de la comisión del daño y no, para balancear el grado de rigurosidad con el cual debe estudiarse el caso concreto.

4.- COSTAS

Se tiene que La condena en costas, su liquidación y ejecución se rige por las normas del CGP⁶⁹. Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas⁷⁰, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenará exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que

⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). 3 - Capítulo II – Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio. En Organización de los Estados Americanos. Recuperado de la página web de consulta pública <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=610&> el 23 de agosto de 2019.

⁶⁸ Relatoría Especial para la Libertad de expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Organización de los Estados Americanos. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09. Recuperado el 23 de agosto de 2019 en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECH%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

⁶⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

⁷⁰ Artículo 365 del Código General del Proceso.

certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso. Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Primero. Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

Segundo. Condenar en costas a la parte vencida.

Tercero. En firme esta providencia y hechas las anotaciones correspondientes, **ARCHÍVESE** el expediente, previa devolución de remanentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ