

SUSPENSION EN EL CARGO – Orden judicial / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL – Expedición del acto de suspensión / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL – Es parte del proceso al tener interés jurídico en defender la legalidad del acto / LEGITIMACION DEL CAUSA POR PASIVA – Legitimación procesal

Para desatar esta objeción de la parte demandada, se observa que la decisión atacada en el presente caso es el **acto ficto o presunto**, mediante el cual se le negó al actor el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que permaneció suspendido del cargo, y que fue expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad con la cual sostenía una relación laboral, situación por la que al tenor del artículo 150 del C.C.A, dicha entidad está llamada a ser parte dentro del presente proceso, primero, por tener interés jurídico en defender la legalidad del acto demandado al ser su órgano emisor, y segundo, por cuanto, de acuerdo con la situación fáctica expuesta en la demanda y de acuerdo con las pruebas documentales anexadas al proceso, dicha entidad sostenía una relación laboral con el actor, hecho que le impondría, eventualmente, responder frente a las pretensiones invocadas.

SUSPENSION DEL CARGO POR ORDEN JUDICIAL – La administración la debe cumplir / LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO O ABSOLUCION DEL INVESTIGADO – Restablecimiento del derecho /

De antaño esta Sección ha sostenido que cuando existe suspensión en el ejercicio de la función pública por orden judicial para adelantar investigación penal, a la autoridad administrativa no le queda opción más que cumplir, decisión que se mantiene mientras permanezca vigente la orden judicial para hacer efectiva medida de aseguramiento. Levantada esta y absuelto el investigado, la administración está obligada al restablecimiento del derecho del otrora investigado. De no hacerlo el funcionario absuelto cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al interior de la cual puede, incluso, solicitar que se le repare el daño ocasionado, dado que para proponer el restablecimiento del derecho ha de mediar solicitud para el pago de salarios y prestaciones durante el tiempo de suspensión.

SUSPENSION DEL CARGO POR ORDEN JUDICIAL – Recuento jurisprudencial / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES – Por el término de suspensión

De la misma forma debe considerarse que el cumplimiento de la orden judicial es una carga pública tanto del empleado, a quien se le privó de la libertad mientras se adelanta la investigación penal y, de la entidad pública nominadora que debe asumir el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión, pese a que fue por decisión judicial la existencia de la interrupción laboral. Lo antes dicho, como se indicó en la providencia aludida, sin perjuicio de que se pueda repetir contra la autoridad judicial que profirió el mandato de suspensión, en especial, cuando se pueda demostrar la existencia de una privación injusta de la libertad. Esta tesis ha sido reiterada y es hoy vigente al interior de la Sección, luego no solo se trata del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por parte de servidor público suspendido por orden de un juez al interior de una investigación penal, que en este caso terminó con absolución para el investigado y juzgado penalmente, sino que la solicitud de pago de dichos emolumentos dejados de percibir se elevó ante la autoridad nominadora, por razón de la permanencia del vínculo laboral cuya suspensión se terminó, solicitud que da lugar a un pronunciamiento de la

administración, para este asunto ficto que es enjuiciable por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como en efecto acontece.

ACTO FICTO NEGATIVO – Configuración / ACTO DE INFORMACION – No resuelve de fondo el asunto

Así las cosas, estos que señala la demandada como actos administrativos, realmente constituyen actos de mera información, con los cuales se busca ilustrar al hoy demandante respecto del procedimiento que se ha de surtir previo a resolver si asiste derecho o no y el monto de lo adeudado. La anterior conclusión se deduce de la simple lectura de dichos oficios, en los que no se pone fin a la actuación que busca el pago de las acreencias laborales con ocasión del levantamiento de la suspensión en el empleo solicitada como consecuencia de la investigación penal adelantada en su contra, vale decir estos actos no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, sino que solamente transmiten información de la que a su vez se deduce la posibilidad de continuar la actuación.

PERIODO DE SUSPENSION DEL CARGO – Reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES –Término de suspensión / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño

Como ya se dijo en líneas anteriores, de lo que se trata aquí es de un proceso de responsabilidad legal derivado del hecho cierto de que el actor estuvo suspendido por orden de un fiscal al interior de una investigación de tipo penal que se adelantaba en su contra. Levantada la suspensión por cuenta de que el investigado y juzgado **Martin Emilio Berrio Julio** fue absuelto al interior del proceso penal, lo procedente es que por aplicación analógica del artículo 158 de la Ley 734 de 2002, dado el principio de favorabilidad que consigna el artículo 53 de la Carta Política en cuanto situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, sea reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el periodo de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio. Nótese que aquí la persona que se cree lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...) Por lo anterior, en este asunto solo se debate el primer tipo de responsabilidad, la derivada de la ley y que es producto de la omisión del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por el demandante durante el periodo de suspensión de la prestación efectiva del servicio a la entidad demandada, quien es la llamada a restablecer el derecho que efectivamente se lesionó al omitir dicho reconocimiento, máxime si como quedó demostrado al interior del proceso, en situación similar la entidad mediante Resolución No. 0148 de 7 de marzo de 2002 había reconocido y ordenado el pago a una funcionaria en su condición de Auxiliar de Servicios Generales 5335-01 de la planta Global de la delegación departamental de Bolívar, los emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que duró suspendida por razón de investigación adelantada por la Fiscalía 17 Seccional de Cartagena que finalmente terminó con preclusión de la investigación, luego ante idéntica razón de hecho, idéntica razón de derecho so pena de quebrantar la igualdad de trato en las relaciones jurídicas de la administración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 13001-23-31-000-2009-00309-01(1879-12)

Actor: MARTÍN EMILIO BERRÍO JULIO

Demandado: REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

AUTORIDADES NACIONALES- SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que **accedió a las súplicas de la demanda** incoada por **Martín Emilio Berrío Julio** contra la Nación Registraduría Nacional del Estado Civil.

1. ANTECEDENTES

El actor, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo complejo integrado por:

- El de fecha 31 de julio de 2008, concepto técnico, suscrito por las delegadas departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil.
- El de fecha 18 de diciembre de 2008, firmado por el Secretario técnico de la comisión de conciliación y defensa judicial de la Registraduría.
- El ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo al no contestar de fondo, de manera clara, precisa, concisa los derechos de petición realizado mediante los cuales le negaron al demandante el pago de los salarios

por el lapso que estuvo suspendido del cargo por orden judicial, por denuncia interpuesta por la Registraduría nacional del Estado Civil.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación Registraduría Nacional del Estado Civil reconocer y pagar al señor MARTIN EMILIO BERRIO JULIO, todos los sueldos, bonificaciones por servicios, recreación, remuneración electoral, dotación, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, primas de servicios, vacaciones, y navidad, subsidios, bonificación presidencial año 2008, aportes a salud, aportes a pensión, aportes a la ARP, aportes a una caja de compensación familiar, aportes parafiscales, cesantías e intereses de cesantías y demás derechos laborales dejados de percibir, desde la fecha de la suspensión del cargo a partir del 17 de abril de 2001 hasta cuando fue reintegrado al cargo a partir del 1º de octubre de 2007 incluyendo el valor de los aumentos que fueron decretados con posterioridad a la suspensión.

A más de lo anterior, impetra el pago de los aporte a Caja de compensación familiar, a salud pensión, a riesgos profesionales, así como aportes parafiscales, cesantías e intereses sobre las cesantías en total aproximado de cincuenta y cinco millones ochocientos veintiséis mil cuatrocientos veintidós pesos mcte (\$55'826.422.00), y que para efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios durante el periodo de suspensión

Solicita además condena por perjuicios morales y por “daño de relación” –sic-, condenas todas que solicita indexadas, y el cumplimiento a la sentencia dentro del término ordenado por los artículos 176 y 177 del C.C.A.¹

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, en síntesis, narró los siguientes:

El señor **Martin Emilio Berrio Julio**, ingreso a laborar en el cargo de auxiliar administrativo 5120-01 por Resolución No 096 de 27 de junio de 1996, tomando posesión el 10 de julio de 1996.

Por cuenta de los delegados departamentales del registrador y del registrador

especial de Cartagena, se interpuso denuncia penal el 30 de noviembre de 2000 contra varios empleados entre ellos **Martin Emilio Berrio Julio**, por el delito de soborno, cohecho, perturbación electoral, vinculando al excandidato al concejo Otilio Sarmiento Rodriguez.

La investigación correspondió a la Fiscalía 13 Seccional de Cartagena, quien el día 17 de abril de 2001, mediante oficio No 249 radicado 62090, dispuso la suspensión del cargo del demandante, dictando orden de captura el 16 de abril de 2001.

La Registraduría Nacional del Estado Civil a través de la Resolución No 100 de 17 de abril de 2001, resolvió suspender de su cargo a **Martin Emilio Berrio Julio**.

Solicitado cambio de radicación del proceso, fue trasladado a la Dirección Seccional de Fiscalía de Cundinamarca, correspondiendo a la Seccional 2da, que resolvió conceder el 26 de octubre de 2001 libertad provisional y se negó el reintegro a sus labores en la Registraduría.

Proferida Resolución de acusación para varios de los denunciados entre ellos el señor **Berrio Julio**, el proceso fue remitido a Cartagena para la fase de juicio correspondiéndole al Juzgado 5º Penal del Circuito quien dictó sentencia condenatoria el 1º de abril de 2004 contra varios denunciados incluido el hoy demandante, condenándolo a 52 meses de prisión y multa de 54 salarios mínimos así como interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo sin la concesión del subrogado de ejecución condicional.

Apelada la decisión, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, a donde fue enviado en descongestión, resolvió revocar la decisión y en su lugar absolvió a **Martin Emilio Berrio Julio** y a los demás denunciados. Contra esta decisión se presentó recurso extraordinario de casación que fue declarado desierto.

La Registraduría Nacional del Estado Civil por Resolución No. 0325 del 26 de septiembre de 2007 suscrita por los delegados departamentales del Registrador Nacional resolvieron reintegrar a partir del 1º de octubre de 2007 al señor **Martin Emilio Berrio Julio** en el cargo de auxiliar administrativo 5120-04 de la

¹ Flios 41-42

Registraduría Especial de Cartagena.

Alude que los gastos de él y su familia fueron asumidos por su hermano Oscar Luis Berrio Julio y durante la investigación se causaron perjuicios para el demandante y toda su familia pues tuvo que asumir los estragos del desarrollo de una larga e infructuosa investigación que al final lo termino absolviéndolo.

El demandante estuvo suspendido del cargo a partir del 17 de abril de año 2001 y lo reintegraron a partir del 1º de octubre de 2007, en total seis (6) años, cinco (5) meses, trece (13) días estimando el lucro cesante en cuanto a salarios en \$56.548.666 durante el tiempo que estuvo privado de la libertad.

Presento derechos de petición los días 9 de octubre de 2007, 1 de abril de 2008, 7 de mayo de 2008, 19 de mayo de 2008, para que se efectuaran los pagos de los salarios y demás prestaciones sociales, por el lapso que estuvo suspendido ²

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Estima violados los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 39, 53, 90, 125, 229 de la Constitución Nacional, y artículos 2, 3, 36, 5084, 85, del C.C.A., artículo 6º del Decreto 2400 de 1968, artículo 40 de la Ley 200 de 1995, artículo 33 numerales 2,1, 2, y 7 de la Ley 734 de 2002.

Como cargos presenta: violación de norma superiores.³

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La apoderada judicial de la entidad demandada, señala que los cargos sobre los cuales el apoderado del demandante erige la solicitud de nulidad el concepto técnico firmado por las Delegadas Departamentales del Registrador del Estado Civil de fecha 31 de julio d 2008, y de la constancia secretarial suscrita por el secretario técnico del Comité de conciliación y defensa judicial de la Registraduría de fecha 18 de diciembre de 2008, carecen de fundamento factico y legal por lo siguiente:

² Flios 3-6

³ Flios 15-20

El señor **Martin Emilio Berrio Julio** funcionario de la entidad se le inició investigación penal adelantada por la Fiscalía Trece Seccional de Cartagena para determinar la posible comisión de un hecho punible, dentro de la cual se dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación ordenando la suspensión de sus funciones, investigación de la que fue absuelto, luego para determinar si la detención fue injusta, se deben configurar todos los elementos del título de imputación del daño especial a saber: 1. Actividad legítima de la administración, 2. El perjuicio grave y anormal de la víctima, 3. El rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas 4. El nexo de causalidad entre la actividad legítima y el daño causado a la víctima y por último que el evento nos encasille en otro régimen de responsabilidad debido a que primero se debe estudiar la posibilidad de falla del servicio.

En cuanto a la naturaleza del concepto técnico firmado por las Delegadas Departamentales del Registrador del Estado Civil de fecha 31 de julio de 2008 y de la constancia secretarial suscrita por el secretario técnico del comité de conciliación y defensa judicial de la Registradora Nacional del Estado Civil, de fecha 18 de diciembre de 2008, estos surgen como actos de trámite que impulsan la solicitud de fecha 03 de octubre y 07 de mayo de 2008, presentada por el funcionario **Berrio Julio**, en la que pide se le reconozca y pague los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el periodo que estuvo suspendido del cargo por orden judicial. Se manifiesta en la demanda que la Fiscalía Trece de Cartagena, ordenó a la Registraduría la suspensión del cargo, en cumplimiento de lo cual la Registraduría mediante Resolución No 0100 de fecha 17 de abril de 2001 se suspendió del cargo al demandante.

Como el pago pertenece a vigencias expiradas debía tramitarse su pago por vía de conciliación de conformidad con lo establecido con el reglamento interno del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil artículos 10.11 y 15 los cuales establecen el procedimiento previo a la convocatoria de la reunión del comité de conciliación.

Señala que los actos requeridos son actos de trámite de una solicitud de conciliación prejudicial, lo que quiere decir que son unos conceptos referidos a la viabilidad o no de una solicitud de conciliación prejudicial la cual fue solicitada inicialmente por el señor Martin **Berrio Julio** y posteriormente a través de su apoderado.

Argumenta en favor de la falta de legitimación en la causan por pasiva, a la inexistencia de la obligación por falta de responsabilidad extracontractual y a la indeterminación del perjuicio ocasionado. ⁴

5. LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, resolvió declarar la nulidad del acto ficto producto de la ausencia de respuesta a la petición de fecha 03 de octubre de 2007, que negó el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales a que tenía derecho el señor **Martin Emilio Berrio Julio** durante el término que duro suspendido del cargo de Auxiliar Administrativo 5120-04 de la Registraduría Especial de Cartagena y como consecuencia ordeno el reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir durante el termino en que estuvo suspendido del cargo, sumas que ordeno reajustar y actualizar. Denegó las demás pretensiones de la demanda.⁵

Para desatar la controversia, refirió en primera instancia a los actos demandados y a la caducidad de la acción para concluir que en el expediente no obra respuesta a la petición de devolución de los salarios y prestaciones solicitados por el actor, de lo que infiere se configuró acto ficto negativo, respecto del cual es viable su demanda de nulidad ante esta jurisdicción.

Desestimó la excepción de improcedencia de la acción, y respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad para responder por el pago de los perjuicios, se estimó que esta depende de la legalidad del acto acusado y en consecuencia del estudio del derecho solicitado por el actor, por lo que defirió al fondo del asunto la resolución de esta excepción.

En cuanto al fondo señaló que el criterio jurisprudencial de la esta Sección del Consejo de Estado ha sido el de reconocer los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir del empleado suspendido de su cargo en virtud de una orden judicial y luego reintegrado al mismo por idéntica causa, puesto que en dichos eventos debe entenderse que no hubo cesación de la vinculación labor –sic- entre el sujeto y su empleador.

⁴ Flíos 236-245

⁵ Flíos 518-533

Alude que en el presente caso la suspensión obedeció a una orden judicial en virtud de un proceso penal adelantado en su contra, el cual culminó con sentencia absolutoria y la consecuente orden de levantamiento de la medida de suspensión y reintegro al cargo del actor, es por ello que le asiste el derecho a que le sean cancelados los salarios y demás emolumentos prestacionales durante el tiempo transcurrido entre el día en que fue suspendido y el que efectivamente fue reintegrado.⁶

6.- LA APELACIÓN.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído⁷ bajo los argumentos que se sintetizan así:

Señala que el *a-quo* desconoció las respuestas dadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil a los derechos de petición presentados por el actor de fechas 3 de octubre de 2007, 1º de abril de 2008 y 19 de mayo de 2008, en los cuales solicitaba el pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que estuvo suspendido en el cargo de Auxiliar Administrativo, los cuales fueron respondidos de fondo en forma clara y precisa a través de los oficios No 192 del 31 de enero de 2008, 785 del 7 de abril de 2008 y 1408 del 24 de junio de 2008 respectivamente y recibidos en forma personal por el señor Martin Berrio, e igualmente el tribunal Administrativo de Bolívar los requirió y fueron aportados al expediente mediante oficio no 2304 de 28 de septiembre de 2010 y recibidos por el tribunal el 28 de septiembre de la misma anualidad.

Señala que culminó el trámite con el oficio No. 003 del 2 de enero de 2009, con el cual se hacía entrega de la decisión de fondo tomada por el Comité de conciliación y Defensa Judicial No 19 realizada el 11 de diciembre de 2008, oficio CCASG-RN-511 del 18 de diciembre de 2008, el cual consta de tres folios, recibido por el señor Martin Berrio el día 5 de enero de 2009.

Alude que el *a-quo* desconoció los argumentos presentados y las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, en donde se manifiesta que no hay justificación de orden legal que autorice u obligue a la entidad a pagar unos

⁶ Fios 97-105

⁷Fis 535-540

sueldos y unas prestaciones que fueron canceladas a favor de otra persona que ocupó el cargo mientras el funcionario estuvo suspendido por autoridad judicial, y si bien la Nación es una sola, se está afectando es el presupuesto de la entidad, además de tener que recurrir a repetir contra la Fiscalía general de la Nación es una carga que afrentaría a la entidad, y se estaría contrariando el principio de economía procesal, considerando que fue por un actuar arbitrario o defectuoso de la Fiscalía que generó la suspensión del señor Berrio mas no de la Registraduría.

Señala que el a-quo igualmente desconoció lo manifestado por la Delegación Departamental de Bolívar mediante escrito de alegatos de conclusión en donde se le comunica que el actor presentó ante la fiscalía general de la Nación –sic- demanda de reparación directa, la cual cursa en el tribunal Administrativo de Bolívar, en donde también solicita el pago de los salarios y demás prestaciones dejados de cancelar durante el tiempo que estuvo suspendido del cargo por orden de autoridad judicial.⁸

5. ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado para alegaciones finales, el apoderado del actor reitera los argumentos expuestos en la demanda.⁹

La apoderada constituida por la entidad demandada reitera los argumentos de la apelación y agrega la falta de estudio y pronunciamiento de fondo frente a las excepciones impetradas por la parte demandada, señalando que la excepción de falta de legitimación por pasiva, no fue resuelta.

Refiere que el fallador desconoció igualmente el hecho que el accionante también demandó a la Fiscalía General de la Nación por reparación directa, es decir el propósito es lucrarse del Estado en doble oportunidad, cuando no es constitucional y constituye un detrimento patrimonial del Estado.

Señala que la teoría de defensa de la entidad es que el proceso pertinente es la reparación directa, por lo que se hace indispensable que se conozca previo al fallo de segunda instancia el estado actual del proceso. Finalmente cita providencia de la sala de consulta y servicio Civil de esta Corporación para señalar que existe

⁸ Flios 535-540

⁹ Flios 561-565

una improcedencia de la acción impetrada aludiendo que la jurisprudencia corrobora esta posición de la entidad demandada, a través del pronunciamiento del secretario técnico del Comité de conciliación y defensa judicial de la época, por lo que solicita se revoque el fallo y se desestimen las pretensiones de la demanda.¹⁰

Por su parte el Ministerio Público guardó silencio.¹¹

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto a dilucidar está dirigido a establecer la competencia de esta corporación para el estudio de la legalidad de los actos que de manera presunta niegan el reconocimiento salarial y prestacional generado durante el periodo de suspensión por orden judicial que fue levantado.

Dada la argumentación expuesta por la entidad demandada, se estima pertinente previamente a resolver el asunto, hacer alusión a la excepción de falta de legitimación en la causa, a la competencia de esta sección para conocer del asunto de pago de salarios y prestaciones con ocasión del levantamiento de la medida de suspensión en el ejercicio del cargo por determinarse así al interior de investigación penal, y el caso concreto

6.1. De las excepciones

6.1.1. Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil:

Manifestó la demandada que es pertinente analizar si la entidad es la llamada a responder con relación a la suspensión del cargo ordenada por la Fiscalía General de la Nación y con ello si los salarios dejados de percibir por el actor son imputables a la Registraduría o a alguno de sus funcionarios.

En el alegato de conclusión ante esta instancia complementa señalando que con respecto a la falta de responsabilidad extracontractual de la Registraduría

¹⁰ Flios 573-580

¹¹ Flios 581

Nacional del Estado Civil e indeterminación del perjuicio ocasionado, ni siquiera se mencionó por el juez de instancia.

Señala como argumento implícito de la excepción que no existe norma jurídica que autorice, en caso de suspensión del cargo por decisión judicial, el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar cuando el empleado o funcionario es absuelto o cesa en su favor el procedimiento, o cuando por prescripción o por cualquier otra razón se revoca la orden de suspensión en el ejercicio del cargo. Así las cosas, la persona afectada por una decisión judicial en tal sentido, debe dirigir su demanda a la Nación- Rama Judicial, y no a la entidad empleadora que tiene el deber de ejecutar la orden judicial impartida. La entidad accionada apoya su argumento en la sentencia de 27 de noviembre de 2003, proferida por esta Sección dentro del expediente Radicado número: 25000-23-25-000-1998-4281-01(0364-02).¹²

La legitimación en la causa *-legitimatío ad causam-* se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones. En términos procesales, la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida y objeto de la decisión del juez, de manera que se trata de un presupuesto de fondo para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

Para desatar esta objeción de la parte demandada, se observa que la decisión atacada en el presente caso es el **acto ficto o presunto**, mediante el cual se le negó al actor el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que permaneció suspendido del cargo, y que fue expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad con la cual sostenía una relación laboral, situación por la que al tenor del artículo 150 del

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-25-000-1998-4281-01(0364-02). Actor: MARLENE RINCON GALEANO. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA

C.C.A¹³, dicha entidad está llamada a ser parte dentro del presente proceso, primero, por tener interés jurídico en defender la legalidad del acto demandado al ser su órgano emisor, y segundo, por cuanto, de acuerdo con la situación fáctica expuesta en la demanda y de acuerdo con las pruebas documentales anexadas al proceso, dicha entidad sostenía una relación laboral con el actor, hecho que le impondría, eventualmente, responder frente a las pretensiones invocadas.

En este orden de ideas, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada, no está llamada a prosperar dada la legitimación procesal que le asiste.

6.1.2. De las excepciones de improcedencia de la acción y falta de responsabilidad extracontractual de la Registraduría Nacional del Estado Civil e indeterminación del perjuicio ocasionado

Manifiesta con relación a la improcedencia de la acción que al demandante se le inicio investigación penal adelantada por la Fiscalía Trece Seccional de Cartagena para determinar la posible comisión de un hecho punible, dentro de la cual se dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, ordenando la suspensión de sus funciones. De esta investigación fue absuelto y para determinar si la detención fue injusta se deben configurar todos los elementos del título de imputación del daño especial: 1. Actividad legítima de la administración; 2. El perjuicio grave y anormal de la víctima; 3. El rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas; 4. El nexo de causalidad entre la actividad legítima y el daño causado a la víctima y por último que el asunto no se encasille en otro régimen de responsabilidad debido a que primero debe estudiarse la falla del servicio y luego el régimen de daño especial, por lo que estima que la acción procedente es la de reparación directa, debido a que los salarios que se dejaron de cancelar se originó en el cumplimiento de orden proferida por autoridad judicial, emanada por la Fiscalía Trece Seccional de Cartagena, lo cual se derivó de la privación injusta de la libertad del señor Martin Berrio.

¹³ Artículo 150 del C.C.A “Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son parte en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan (...)”. Norma aplicable al caso, por tratarse de un proceso iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011.

Con el argumento que sustenta la anterior excepción, plantea además las que denomina excepción de falta de responsabilidad extracontractual de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como la indeterminación del perjuicio ocasionado.

Al respecto debe anotarse que no todas las argumentaciones en que el demandado soporte su rechazo a los pedimentos formulados por la parte demandante pueden calificarse, sin más, como excepciones. Únicamente tienen el carácter de tales las que apunten a combatir el derecho aducido, bien para invocar que nunca ha existido, o para alegar que, aun existiendo, todavía no es exigible por estar sometido a plazo o condición¹⁴.

Sobre el tema de las excepciones tiene sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de Casación No. 109 de 11 de junio de 2001, expediente 6343, en argumentación de recibo en esta Corporación que:

“(…) la excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (…) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (…) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (…) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)”.

En ese orden de ideas y, atendiendo al fundamento de las excepciones

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. MAGISTRADO PONENTE: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO. Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004).- Referencia: Expediente No. 6080-01

propuestas por la apoderada de la entidad demandada las que denomina:¹⁵ **“improcedencia de la acción y falta de responsabilidad extracontractual de la Registraduría Nacional del Estado Civil e indeterminación del perjuicio ocasionado”**, es evidente que en la forma como ha sido propuesta, ella no pretenden enervar la acción, sino que se trata de un verdadero argumento de la defensa, en tanto se dirigen a desvirtuar los hechos de la demanda, razón por la que se examinarán simultáneamente con el fondo del asunto, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

6.2. - De la suspensión en el ejercicio de la función pública por orden judicial para adelantar investigación penal.

De antaño esta Sección¹⁶ ha sostenido que cuando existe suspensión en el ejercicio de la función pública por orden judicial para adelantar investigación penal, a la autoridad administrativa no le queda opción más que cumplir, decisión que se mantiene mientras permanezca vigente la orden judicial para hacer efectiva medida de aseguramiento. Levantada esta y absuelto el investigado, la administración está obligada al restablecimiento del derecho del otrora investigado. De no hacerlo el funcionario absuelto cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al interior de la cual puede, incluso, solicitar que se le repare el daño ocasionado, dado que para proponer el restablecimiento del derecho ha de mediar solicitud para el pago de salarios y prestaciones durante el tiempo de suspensión. Al respecto anotó:

“Las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en el ejercicio de sus funciones, cuando así se le solicite para efectos de cualquier investigación penal, como sucedió en el caso de autos. (...)

Pero esta medida no puede ser indefinida. Termina ella tan pronto culmina la investigación respectiva, pudiéndose presentar, entonces, dos casos, a saber: si el funcionario suspendido es condenado, la suspensión, hasta ese momento vigente, desaparece y debe, de inmediato, ser destituido del cargo que ocupaba. Pero, si, en cambio, como sucedió en el caso sub iudice, al empleado suspendido no se le comprueban los cargos y se ordena cesar todo procedimiento por hallarse prescrita la acción, como consta en las sentencias de primera y

¹⁵ Flío 237

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: ALVARO OREJUELA GOMEZ. Bogotá, D.E., diez (10) de marzo (03) de mil novecientos setenta y dos (1962). Actor: LUIS ANTONIO ACOSTA GOMEZ

segunda instancia del juicio que se examina, entonces la Administración pública está obligada a restablecerlo en el cargo y a pagarle los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo en que estuvo separado del servicio. Es esta la consecuencia lógica que resulta del hecho de no comprobarse al funcionario los cargos que sirvieron de fundamento para decretar su suspensión transitoria, pues proceder en otra forma sería inequitativo e injusto. Por tal razón, el Ministerio de Educación Nacional al expedir la Resolución número 3926 del 31 de Agosto de 1970, mediante la cual levantó la suspensión al señor Acosta Gómez, y ordenó su reintegro al puesto que desempeñaba anteriormente, cumplió con una obligación moral y legal.”

Y más recientemente¹⁷ con relación a la naturaleza de la orden de suspensión que imparte el Juez Penal señaló:

Evidentemente, la facultad de suspender a un empleado público del cargo que venía desempeñando emana de la ley (Código Procedimiento Penal) pero requiere de una orden del Juez del conocimiento.

Sin embargo, la orden de suspensión no la da el Juez Penal, en su carácter de superior jerárquico de la autoridad administrativa a quien va dirigida, sino en cumplimiento de la ley ante el hecho de haber dictado auto de detención como requisito indispensable para poderlo cumplir.

Pero no puede olvidarse que el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal habla de "suspensión" y que por tanto es de simple lógica suponer, que si los motivos por los cuales se suspendió del cargo al empleado público desaparecen, debe, entonces, ser reintegrado a él nuevamente, mediante la revocatoria del auto de detención.

Posteriormente¹⁸ se anotó:

“El pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir por causa de la suspensión en el cargo decretada en cumplimiento de la orden de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, reclamado por el actor y negado mediante los oficios acusados, le era debido al actor por la Administración como consecuencia de la finalización del proceso penal con fallo absolutorio de la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia de 13 de noviembre de 1978, teniendo presente que la suspensión dispuesta por orden judicial estaba supeditada a ese proceso penal en el que fue absuelto el actor y, por ende, no podía privarlo de los sueldos y prestaciones durante el lapso comprendido entre el 27 de septiembre de 1976 (cuando fue dictado el Decreto de suspensión) y el 15 de mayo de 1977 (fecha de efectividad

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero Ponente: ALVARO OREJUELA GOMEZ. Bogotá, D. E., seis (06) de noviembre (11) de mil novecientos setenta y ocho (1978). Actor: MERCEDES PALLARES DE VALBUENA. ASUNTOS DEPARTAMENTALES.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER. Bogotá, D. E., treinta y uno (31) agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Radicación número: 514 Actor: LUIS EDUARDO ADAN AREVALO. Demandado: DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

de la insubsistencia del nombramiento). En esto se dará prosperidad a la demanda. (...)"

Sin embargo, a pesar de la consistencia de los argumentos para sustentar el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar hubo un pronunciamiento que pareció abrir la puerta a la irresponsabilidad de la administración en materia del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por un servidor público con ocasión de la suspensión en el ejercicio del cargo por orden judicial de Juez Penal. Al respecto se dijo de manera reiterada:

"Conviene hacer notar, finalmente, que sólo en caso de suspensión administrativa de un empleado que es investigado por infracción disciplinaria, procede el pago de sueldos si posteriormente resulta absuelto de la imputación.

Otra cosa ocurre en la investigación de carácter penal a consecuencia de denuncia formulada ante un juez, cuando el funcionario ordena la suspensión para dar aplicación a una medida de aseguramiento o detención preventiva. No se trata aquí de una decisión de la administración cuyas consecuencias deba asumir ésta si no se acredita la infracción. (...)"¹⁹

La Sección²⁰ en posterior oportunidad sentó las bases de lo que es hoy día tesis reiterada en la materia:

"Pero la suspensión que genera el nominador con fundamento en la solicitud de una autoridad judicial penal para poder hacer efectiva la orden privativa de la libertad de un empleado público, tiene un carácter singular, dado que no la toma el funcionario judicial que conduce el proceso penal, carente por lo demás de facultades para decidir sobre la continuidad en el servicio del afectado, sino que la adopta el nominador por hechos que están ligados a la investigación penal, y por tratarse de empleado público por conductas punibles del servidor en el ejercicio de sus funciones, pero sin lugar a dudas al margen de un proceso administrativo disciplinario.

Esta característica administrativa del acto, esencialmente motivado, reconoce en él la existencia de una condición resolutoria, tal como lo

¹⁹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER. Bogotá, D.E., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990). Radicación número: 3441. Actor: JAIRO LONDOÑO LONDOÑO. Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER. Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991). Radicación número: 1763. Actor: MANUEL ANTONIO VARGAS ARIAS. Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA. Santafé de Bogotá, D. C., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y siete (1.997). Radicación número: 12310. Actor: CIELO DEL SOCORRO DOMINGUEZ DE MARTINEZ.-Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA. Santafé de Bogotá, D. C., febrero cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1.998). Radicación número: 14578. Actor: Eduardo Amarís Díaz. Demandado: MUNICIPIO DE MONPOX - BOLIVAR

dispone el numeral 4 del artículo 66 del C. C. A., que consiste en el futuro incierto del suceso procesal. Sea lo primero destacar que las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en ejercicio de sus funciones, cuando así le sea solicitado para efectos de cualquier investigación penal, como sucedió en el caso de autos. Es evidente que la suspensión de los empleados públicos a que se refiere el artículo 449 del C. P. P., es una medida provisional para hacer efectiva la detención del funcionario y facilitar la investigación, pero con ella no se pretende sancionar disciplinariamente al empleado. Esta orden, entonces, emana de la ley y por tanto es de obligatorio cumplimiento.

Se trata pues de una suspensión de origen judicial y no de carácter disciplinario, adoptada por la autoridad administrativa.

Ahora bien; el acto que dispuso el reintegro de la actora al cargo, como consecuencia de la prescripción de la acción decretada en lo penal, no puede convertir el hecho de la suspensión en un fenómeno extintivo de los derechos del empleado favorecido, porque la condición resolutoria que pesaba sobre el acto desaparece retroactivamente; en el caso de autos a partir de la fecha en que se dispuso la suspensión. Desde entonces ha de quedar sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos para el empleado suspendido aunque no haya habido prestación efectiva del servicio, puesto que esta orden provino del propio Estado, de una autoridad, que es imposible de resistir e incumplir. Además, el derecho a la remuneración de igual modo para el empleado se encuentra sometido a una condición suspensiva, que consiste en el mismo suceso procesal penal, puesto que si se resuelve a su favor tendrá derecho a esa retribución, pero si se resuelve en su contra la perderá desde el momento de la privación efectiva de la libertad.

Ha de puntualizar la Sala que esta medida de la suspensión no puede ser indefinida. Termina tan pronto culmina la investigación respectiva, presentándose por lo tanto dos situaciones, a saber:

1) Si el funcionario suspendido es condenado, la suspensión desaparece, y debe ser destituido de inmediato del cargo que ocupaba.

2) Pero como sucedió en el caso **sub júdice**, si se decreta la prescripción de la acción y se ordena una cesación de procedimiento, tiene la prerrogativa del restablecimiento de sus derechos. Es esta la consecuencia lógica que resulta de no comprobársele al funcionario los cargos que sirvieron de base para decretar la suspensión, pues ésta es una medida de carácter transitorio y no lo separa definitivamente del servicio, razón por la cual su situación laboral frente al Estado debe retrotraerse a la fecha en que fue suspendido del mismo.

Finalmente, restaría decir que el competente para tomar estas últimas previsiones es el nominador, pero no bajo el argumento de negar los derechos económicos porque se trata de una decisión jurisdiccional y no disciplinaria, sino bajo el reconocimiento de que así como su origen fue de carácter jurisdiccional penal la administración no puede hacer otra cosa que acatar la decisión absolutoria, reconociendo el decaimiento de su acto administrativo, pero no agravar la situación de quien resultó beneficiado con decisiones que dejaron incólume su inocencia.

(...)

De otro lado, estima la Sala que esa es la orientación consagrada en el inciso primero del artículo 90 de la Carta Política de 1991, que reza:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

En ese orden de ideas es pertinente el comentario doctrinal que dice:

“A propósito de esta norma constitucional, comenta **Daniel Suárez Hernández** que “se está refiriendo genéricamente al Estado, por lo que **cualquiera de sus manifestaciones queda comprendida en él**” (véase **Hernán Fabio López Blanco et al., El Derecho Procesal y la Nueva Constitución**, 1993, pág. 209).” (Las negrillas son del recurrente).

Ciertamente, el Estado es uno sólo, y no es válido, a juicio de la Sala, el criterio que se adujo en fallos anteriores sobre esta misma materia, según el cual la responsabilidad por estas actuaciones debería ser objeto de otra clase de acciones; por el contrario, así lo ratifica la redacción del artículo 85 del C. C. A., de conformidad con la modificación que le introdujo el decreto ley 2304 de 1989, artículo 15, que estipula lo siguiente:

“Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, **podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.** La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.” (Se destaca y subraya).

O sea, que sí es dable, a través de esta clase de acciones contencioso administrativas de carácter laboral, invocar el restablecimiento del derecho, y aún la reparación del daño que se desprenda del acto de esa misma naturaleza cuya nulidad se impetra. “

Sin embargo, en el año 2002 la Sala Plena de la Sección²¹ señaló que: “...*cuando la orden de suspensión proviene de un juez, no es el superior jerárquico quien toma la determinación de suspender provisionalmente al empleado, y por tanto la responsabilidad se traslada a ese órgano del Estado. La administración a menos de existir norma expresa que la autorice, no puede, en caso de absolución o revocatoria de la orden de suspensión, cancelar los sueldos y prestaciones dejados de devengar por el empleado o funcionario suspendido por orden judicial.*”

²¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá, D.C., mayo treinta (30) de dos mil dos (2002) .Radicación número: 73001-23-31-000-1996-13147-01(IJ-004). Actor: OSCAR ARMANDO SANCHEZ. Demandado: INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE DEL TOLIMA

Se dirá entonces que frente al artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que consagra la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, esa suspensión posteriormente revocada debe significar una reparación para el suspendido.

Así entiende la Sala que por aplicación de dicho artículo 90 puede lograrse la reparación del daño causado, mas no por la vía intentada por el actor en este proceso, en el cual en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se controvierte un acto administrativo ficto que a la luz de las disposiciones invocadas como violadas es legal, puesto que para cancelar los sueldos y prestaciones reclamados, la entidad demandada no cuenta con autorización de la ley ni le es dado aplicar analógicamente otras normas que regulan situaciones diferentes y por lo mismo no puede deducírsele responsabilidad, de manera automática, sino a través del ejercicio de la acción de reparación directa.”

Esta tesis fue reiterada en el año 2003, en providencia que cita la parte demandada en sustento de su argumentación²².

En aquella providencia se dijo en el salvamento de voto, en tesis que es hoy la aceptada por la Sección, que:

“...es correcto que el perjudicado pretenda de su nominador la devolución de lo dejado de recibir mediante el mecanismo procesal previsto en el artículo 85 del C.C.A., pues la suspensión del pago de salarios y prestaciones, surge dentro de la relación laboral y se presenta como un evento propio de su desenvolvimiento, luego mal podría el nominador pretender desprenderse de las situaciones que ocasionalmente acontezcan en tal relación.

La decisión judicial de suspender el pago de los salarios y prestaciones, no implica el rompimiento de la relación laboral porque la orden de suspensión contiene una condición resolutoria consistente en el futuro incierto del proceso, luego como el acto de suspensión no conlleva extinguir el vínculo laboral, es apenas comprensible que desaparecida la condición suspensiva que pesaba sobre el derecho a

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-25-000-1998-4281-01(0364-02). Actor: MARLENE RINCON GALEANO. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA

la remuneración, se retrotraigan plenamente los efectos de tal suceso, recayendo sobre el nominador la obligación de reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar.”

Así, recientemente esta Sección²³ precisó que el reconocimiento de salarios y prestaciones causadas por el lapso en que el servidor público estuvo suspendido del ejercicio del cargo por orden judicial, es de competencia de esta Sección por ser un asunto eminentemente laboral.

En esa sentencia se indicó que “desde el mismo momento en que sea revocada la medida adoptada por la justicia penal, queda sin sustento legal la suspensión administrativa del actor en el cargo y sin efecto la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos que se derivan de la relación laboral por el lapso de la suspensión.”

Por consiguiente, en principio, las entidades deben reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales por el término en que estuvo suspendido el empleado, sin que pueda exonerarse la entidad por el hecho de que materialmente no hubo prestación del servicio, pues el acto de suspensión en forma implícita la conlleva; de manera que el “levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión”, por ello, deben reconocerse los emolumentos dejados de percibir en el lapso aludido.

De la misma forma debe considerarse que el cumplimiento de la orden judicial es una carga pública tanto del empleado, a quien se le privó de la libertad mientras se adelanta la investigación penal y, de la entidad pública nominadora que debe asumir el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión, pese a que fue por decisión judicial la existencia de la interrupción laboral.

Lo antes dicho, como se indicó en la providencia aludida, sin perjuicio de que se pueda repetir contra la autoridad judicial que profirió el mandato de suspensión, en especial, cuando se pueda demostrar la existencia de una privación injusta de la libertad.

²³ Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Bogotá, D.C., 25 de enero de 2007, Radicado No. 05001-23-31-000-1998-00883-01 (1618-03), Actor: CESAR CASTAÑO JARAMILLO.

Esta tesis ha sido reiterada y es hoy vigente al interior de la Sección²⁴, luego no solo se trata del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por parte de servidor público suspendido por orden de un juez al interior de una investigación penal, que en este caso terminó con absolución para el investigado y juzgado penalmente, sino que la solicitud de pago de dichos emolumentos dejados de percibir se elevó ante la autoridad nominadora, por razón de la permanencia del vínculo laboral cuya suspensión se terminó, solicitud que da lugar a un pronunciamiento de la administración, para este asunto ficto que es enjuiciable por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como en efecto acontece.

6.3. EL CASO CONCRETO

6.3.1. Hechos probados: Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado la Sala encuentra probado los siguientes hechos:

- Se demostró que el señor **Martín Emilio Berrío Julio**, ingresó al servicio público a partir del 1º de agosto de 1996, mediante nombramiento efectuado por Resolución No. 096 de 9 de julio de 1996, proferida por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-01 de la Registraduría Especial de Cartagena, tomando posesión del mismo en la fecha indicada.²⁵

- El 28 de noviembre de 2000 los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil instauraron denuncia penal por presunto “soborno” a unos empleados de la entidad.²⁶

- Con fundamento en Resolución No. 044 del 16 de abril de 2001, proferida por el Fiscal 13 Seccional, dispuso suspender entre ellos, al señor **Martín Emilio Berrío Julio** en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-07 de la Registraduría Especial, solicitud que se ejecutó por medio de la Resolución No. 0100 de abril 17 de 2001, proferida por los Delegados del Registrador Nacional del

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00658-01(0391-10). Actor: HECTOR ALIRIO RIANO RAMOS. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

²⁵ Flios 474-476

²⁶ Flio 36.

Estado Civil de la circunscripción de Bolívar. ²⁷

- Mediante Resolución No. 00029 de enero 2 de 2002, proferida por los delegados del Registrador, ser incorporó a la planta de personal de la delegación Departamental de Bolívar, en el cargo de auxiliar administrativo 5120-04, tomando posesión el mismo día. ²⁸

- Mediante Sentencia de 27 de febrero de 2007 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1º de abril de 2004 proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, mediante la cual se condenó, entre otros, al demandante, decidiendo revocar dicha providencia y en su lugar absolver a los procesados, entre ellos del demandante.²⁹

- Efectuadas solicitudes de reintegro por parte de los procesados absueltos, por Resolución No. 325 de 26 de septiembre de 2007, proferida por los delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil en Bolívar, se dispuso reintegrar a partir del 1º de octubre de 2007, entre otros, al señor Martín Emilio Berrío Julio, en el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-04 de la Registraduría Especial de Cartagena, decisión comunicada el 27 de septiembre de 2007 mediante Oficio 2510.³⁰

- El 3 de octubre de 2007 y 1º de abril de 2008 se solicitó por parte del demandante a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional, “hacer la solicitud de devolución de los salarios y prestaciones” a las que tiene derecho así como el estado actual de la liquidación de los dineros que se les adeuda por la entidad por el tiempo que duraron suspendidos.³¹

- En respuesta la entidad a través de sus delgados comunican al hoy demandante que les solicitaron por parte del Gerente de Talento Humano la elaboración de una ficha técnica “para presentarla ante el Comité de conciliaciones y defensa judicial de la entidad para el pago de los valores dejados de cancelar durante el periodo que duro la suspensión en el ejercicio de sus funciones, levantada por el Tribunal de Justicia y Paz.” ³²

²⁷ Flio 439-440

²⁸ Flios 433-434.

²⁹ Flios 393-423

³⁰ Flio. 384-388

³¹ Flios 374-383

³² Flio 378

- En posterior respuesta a petición radicada el 3 de marzo de 2008, le manifiestan que mediante Oficio No. 582 de marzo 5 del mismo año:

“...se solicitó a la oficina de salarios y prestaciones, de la Gerencia de Talento humano en oficinas centrales elaborar la respectiva liquidación de salarios y demás emolumentos dejados de cancelar, debido a que es la competente en este asunto, por lo cual una vez nos alleguen esta, estaremos dando respuesta.”³³

- El 19 de mayo de 2008 se efectúa nueva solicitud por parte del señor **Berrio Julio**, esta vez dirigida al Director de Talento Humano donde refiere las peticiones que ha presentado reiterando la solicitud de liquidación de salarios y prestaciones dejados de percibir.³⁴

- Mediante Oficio CCASG-RN-511 del 18 de diciembre de 2008, suscrito por el Secretario técnico del comité de conciliación, dirigido a los delegados departamentales la Registraduría Nacional del estado Civil, recomienda no conciliar las solicitudes de conciliación presentadas entre otros, por **Martin Emilio Berrio Julio**.³⁵

6.3.2. LOS CARGOS

6.3.2.1.- Violación de la ley por ausencia de valoración probatoria: **El motivo de inconformidad** frente a la decisión de primera instancia lo centra la entidad en que, en primer lugar el fallador de instancia no tuvo en cuenta que la parte demandada aportó mediante Oficios No. 2304 de 23 de septiembre de 2010, aquellos mediante los cuales la entidad dio contestación a los derechos de petición del accionante como fueron Oficio No. 192 de fecha 31 de enero de 2008, Oficio No. 785 de fecha abril 7 de 2008, y Oficio No. 1408 de fecha 24 de junio de 2008.

Señala que estos documentos fueron aportados de manera legal y oportuna al proceso, por lo cual debieron haber sido valorados con plena racionalidad y sin embargo en el fallo atacado no se mencionaron ni analizaron dichos elementos probatorios, concluyendo en la existencia de un acto ficto o presunto teniendo las pruebas que probaban precisamente lo contrario.

³³ Flio 376

³⁴ Flios 359-360

³⁵ Flios 344-345

Al respecto baste decir que si bien es cierto los referidos oficios obran en el expediente³⁶, también lo es que en ellos no se advierte en manera alguna que constituyan actos administrativos que resuelvan de fondo la petición del actor.

Debe recordarse que, como lo anota Harmut Maurer³⁷, el acto administrativo tiene un carácter regulador. *“Una regulación es una determinación jurídico-vinculante, una declaración de voluntad (o varias declaraciones de voluntad concurrentes) destinada a producir una consecuencia jurídica. Dicha consecuencia jurídica consistiría en la creación, modificación o extinción o declaración vinculante de derechos o deberes...”*

Así las cosas, estos que señala la demandada como actos administrativos, realmente constituyen actos de mera información, con los cuales se busca ilustrar al hoy demandante respecto del procedimiento que se ha de surtir previo a resolver si asiste derecho o no y el monto de lo adeudado.

La anterior conclusión se deduce de la simple lectura de dichos oficios, en los que no se pone fin a la actuación que busca el pago de las acreencias laborales con ocasión del levantamiento de la suspensión en el empleo solicitada como consecuencia de la investigación penal adelantada en su contra, vale decir estos actos no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, sino que solamente transmiten información de la que a su vez se deduce la posibilidad de continuar la actuación.

Así las cosas, ante la ausencia de un acto administrativo que hubiese decidido el fondo del asunto resulta irrelevante hacer mención a estos actos de información carentes de contenido decisorio. Por lo anterior resultó atinado el razonamiento del *a-quo* al señalar que: *“...visto que el actor en virtud de su reintegro solicito a la Registraduría Nacional del Estado Civil el pago de sus salarios y prestaciones sociales y que esta mediante **acto ficto que se configuró al no contestar de fondo** y oportunamente la petición del actor, negó dicha solicitud, debe la Sala declarar la nulidad de dicho acto y en consecuencia ordenar el restablecimiento del derecho.”*³⁸

³⁶ Visibles a folios 357-358, 373, y 378

³⁷ MAURER, Harmut: Derecho Administrativo Parte General. Edit. Marcial Pons, Madrid, Buenos Aires, Barcelona, 2011. Pág. 219

³⁸

Por estas razones no prospera el cargo

6.3.2.2.- El segundo argumento de inconformidad que presenta, lo constituye la falta de estudio y pronunciamiento de fondo frente a las excepciones impetradas por la parte demandada.

Al respecto se dirá que en realidad los argumentos expuestos como excepciones de mérito realmente constituyen argumentos defensivos y por consiguiente en términos del artículo 164 del C.C.A no se configuran como excepciones de mérito dado que no se oponen a la prosperidad de la pretensión, esto es no pretenden enervarla, sino argumentar en defensa de la entidad.

A pesar de lo anterior el *a-quo* se pronunció respecto de la falta de legitimación en la causa, como presupuesto procesal y excepción, así como sobre la falta de responsabilidad extracontractual de la entidad y del perjuicio ocasionado al hacer cita expresa de la tesis jurisprudencial que más recientemente se ha manejado para finiquitar lo atinente a la competencia de esta Sección, además a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como la acción procedente en tratándose de temas laborales relacionados con la vinculación laboral, y el pago de salarios y prestaciones con ocasión del levantamiento de la suspensión ordenada por autoridad judicial penal es un tema atado a la relación laboral de tal suerte que la argumentación expuesta en este sentido por la primera instancia resultó suficiente para decidir el asunto.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

6.3.2.3.- El tercer argumento de quebranto que presenta esta fundamentado en la existencia de la demanda de reparación directa en contra de la Fiscalía General de la Nación, de lo que deduce que el propósito es lucrarse del Estado.

Como ya se dijo en líneas anteriores, de lo que se trata aquí es de un proceso de responsabilidad legal derivado del hecho cierto de que el actor estuvo suspendido por orden de un fiscal al interior de una investigación de tipo penal que se adelantaba en su contra. Levantada la suspensión por cuenta de que el investigado y juzgado **Martin Emilio Berrio Julio** fue absuelto al interior del proceso penal, lo procedente es que por aplicación analógica del artículo 158 de la Ley 734 de 2002, dado el principio de favorabilidad que consigna el artículo 53 de

la Carta Política en cuanto situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, sea reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el periodo de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio. Nótese que aquí la persona que se cree lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

Lo anterior difiere de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, cuyo fundamento expreso se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política. Se podrá demandar directamente la reparación del daño, señala la ley³⁹ cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, allí habrá de verificarse el daño causado, la imputación jurídica del mismo a una entidad pública y el fundamento del deber de reparar por parte de la entidad a quien se endilga el daño causado.

Lo anterior implica que uno es el origen de la responsabilidad que se deriva del acto administrativo viciado de nulidad, y el acto ficto lo es, y otra la que se deriva de un hecho, una omisión, o una operación administrativa entre las hipótesis previstas legalmente, sin que sean excluyentes ni contradictorias.

Por lo anterior, en este asunto solo se debate el primer tipo de responsabilidad, la derivada de la ley y que es producto de la omisión del pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por el demandante durante el periodo de suspensión de la prestación efectiva del servicio a la entidad demandada, quien es la llamada a restablecer el derecho que efectivamente se lesionó al omitir dicho reconocimiento, máxime si como quedó demostrado al interior del proceso, en situación similar la entidad mediante Resolución No. 0148 de 7 de marzo de 2002 había reconocido y ordenado el pago a una funcionaria⁴⁰ en su condición de Auxiliar de Servicios Generales 5335-01 de la planta Global de la delegación departamental de Bolívar, los emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que duró suspendida por razón de investigación adelantada por la Fiscalía 17

³⁹ Art 86 del C.C.A.

Seccional de Cartagena que finalmente terminó con preclusión de la investigación, luego ante idéntica razón de hecho, idéntica razón de derecho so pena de quebrantar la igualdad de trato en las relaciones jurídicas de la administración.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Como corolario habrá de anotarse que lo que aquí se decide incide al interior de la acción de reparación directa que tramita en el Tribunal Administrativo de Bolívar el aquí demandante en contra de la Fiscalía General de la Nación⁴¹, dado que constituye el lucro cesante que dejó de percibir durante el tiempo de suspensión, por lo que habrá de ordenarse remitir copia de esta decisión con destino a ese proceso.

Para la Sala, suficientes resultan estos argumentos para confirmar la sentencia impugnada.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 24 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que **accedió a las súplicas de la demanda** incoada por Martin Emilio Berrio Julio contra la Nación Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por secretaria ordenase remitir copia de esta decisión con destino al proceso que se tramita en el Tribunal Administrativo de Bolívar por parte del aquí demandante en contra de la Fiscalía General de la Nación, Radicado 13001-2331-005-2009-00550-02.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

⁴⁰ Se ordenó el pago a la señora Mercedes Montes de Oca Aguilar, suspendida por orden de la Fiscalía 17 Seccional de Cartagena.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS
RINCÓN**

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO