

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: No. 11001-33-34-001-2015-00098-01
Actor: SANDRA FABIOLA GUACANEME
PLAZAS
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE
BIENESTAR FAMILIAR
Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada en contra de la sentencia de 25 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá DC (fls. 429 a 455 vlto. cdno. ppal. no. 1) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRAR la nulidad de la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013, la Resolución 2536 de 26 de noviembre de 2013 y la Resolución 002 de 2 de diciembre de 2013, mediante las cuales se procedió al cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario de bienestar Los Picapiedras, de la asociación de padres de hogares comunitarios de bienestar zona 11, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** la reapertura del hogar comunitario de bienestar Los Picapiedras, a cargo de la madre comunitaria SANDRA FABIOLA GUACANEME PLAZAS, conforme lo expuesto en los considerandos de este proveído.

TERCERO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, por secretaría líquídese la cuenta de gastos del proceso y devuélvanse los remanentes (si existieren) a la parte actora.

SEXTO: **ARCHÍVESE** el expediente previa ejecutoria de la sentencia.

SÉPTIMO: Esta decisión se notifica de conformidad con el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” (fls. 155 y vlto. cdno. ppal. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el 14 de febrero de 2015 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá DC la señora Sandra Fabiola Guacaneme Plazas, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fls. 73 a 77 cdno. ppal. no. 1) con las siguientes súplicas:

“PRETENSIONES Y CONDENAS

1. *Declárase nula la resolución 001 de 23 de octubre de 2013 emitida por el Centro Zonal Suba ICBF, mediante la cual se resolvió cerrar el Jardín Picapedras*

2. *Declares (sic) nula la resolución no. 2536 del 26 de noviembre de 2013, acto presunto o ficto, toda vez que no fue notificado a la aquí parte actora.*

3. *Declárese nula la resolución 002 de 2 de diciembre de 2013 emitida por el Centro Zonal Suba ICBF, mediante la cual confirman el cierre del Jardín Picapedras.*

4. *Declárese la violación de los derechos constitucionales del debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el derecho de defensa por la no notificación del acto administrativo (sic) resolución 2536 del 26 de noviembre de 2013 emitida por la Dirección Regional del ICBF.*

5. *Declárese que no se abrió un proceso de investigación e indagación por parte del ICBF en aplicación del debido proceso que*

le asiste a la señora Fabiola Guacaneme para fundamentar el cierre de jardín que se encontraba a su cargo.

6. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, se ordene la apertura del Jardín Picapiedras.

7. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos se restablezcan los derechos de la señora Fabiola Guacaneme cancelando los meses de salario que ha dejado de percibir desde la fecha de cierre del jardín y hasta la fecha en que se radique la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

8. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos se restablezcan los derechos de la señora Fabiola Guacaneme, afiliándola nuevamente a la seguridad social.

9. Se condene a las demandadas a cancelar el daño emergente tasado en el acápite de la cuantía por valor de \$20.588.000.

10. Se condene a las demandadas a cancelar el lucro cesante tasado en el acápite de la cuantía por valor de \$92.646.000.

11. Se condene a las demandadas a cancelar el daño moral o futuro tasado en el acápite de la cuantía por valor de \$240.000.000.

12. Las condenas respectivas serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Ley 1437 de 2011, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo y con la respectiva liquidación de intereses e indexación que corresponda.” (fl. 74 cdno. ppal. – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).

2) Efectuado el respectivo reparto, según acta individual de la Oficina de Apoyo para tales despachos judiciales, correspondió el conocimiento del medio de control de la referencia al Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C. (fl. 78 cdno. ppal. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda y su subsanación lo siguiente:

1) El 12 de agosto de 2013 la señora Fabiola Guacaneme recibió en el jardín denominado Picapiedras a la niña Salomé Pinto quien solo asistió los días 12 y 13 de agosto de 2013.

2) En reiteradas ocasiones requirió a la madre de la menor para que explicara la ausencia de la menor en el jardín sin obtener una respuesta.

3) El 28 de agosto de 2013 la madre de la menor denunció en el centro zonal de Suba ICBF que la niña fue objeto de un acto sexual abusivo dentro del jardín (había sido tocada en sus partes íntimas).

4) Después de reiteradas llamadas la madre de la menor dejó un comunicado vía telefónica celular el 5 de septiembre de 2013 manifestando que no había llevado a la niña al jardín porque se encontraba enferma con rinofaringitis, dolor de oído y que el lunes siguiente la iría a dejar.

5) Con ocasión de la investigación que se abrió en su contra y la del jardín infantil por el presunto abuso sexual de la menor el centro zonal de Suba ICBF realizó una visita el 9 de octubre de 2013 en donde se levantó arbitrariamente a los niños que se encontraban durmiendo, visita que no fue informada y en donde se solicitaron los documentos del jardín infantil.

6) El 23 de octubre de 2013 el ICBF le solicitó que se presentara en sus oficinas y le notificó la Resolución no. 001 a través de la cual se decidió cerrar el jardín infantil.

7) El 24 de octubre de 2013 funcionarios del ICBF se reunieron con los padres de familia de los menores de edad a quienes les manifestaron la orden y las razones del cierre del hogar comunitario, fecha en la que finalmente fue cerrado.

Los padres de familia rechazaron los comentarios de los funcionarios del ICBF respecto del abuso o maltrato sexual de un menor de edad así como la orden de cierre.

8) Contra el acto que ordenó el cierre del jardín infantil el 28 de octubre de 2013 se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación.

9) El recurso de reposición fue resuelto en forma desfavorable el 5 de noviembre de 2013 y se concedió el recurso de apelación.

10) El 2 de diciembre de 2013 se le notificó la Resolución no. 002 mediante la cual se reiteró el cierre del jardín infantil.

9) El 4 de febrero de 2014 rindió versión libre ante la fiscalía sobre la presunta violación o maltrato sexual de un menor de edad dentro del jardín infantil.

10) La Fiscalía General de la Nación emitió un comunicado en donde informó que *“en el despacho de la Fiscalía 94 de esta unidad se adelanta la indagación 110016000055201300643, contra responsables en averiguación. De igual manera, dentro de la misma actuación no se encuentra investigada la señora Sandra Fabiola Guacaneme Plazas, ni el hogar comunitario los Picapiedras.”*

11) El 7 de febrero de 2014 a través de memorial solicitó a la entidad demandada que resolviera el recurso de apelación interpuesto teniendo en cuenta lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación ya que hasta esa fecha no se le había noticiado ninguna decisión sobre el recurso interpuesto.

12) El 17 de febrero de 2013 (sic) la Dirección Regional del ICBF le envió un comunicado informándole la resolución del recurso de apelación a través de la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 en donde se revocó parcialmente la decisión y se devolvió el expediente al centro zonal Suba ICBF para que rehiciera la actuación, acto administrativo que no le fue notificado.

13) No se interpusieron recursos en contra de la Resolución número 002 de 2 de diciembre de 2013 emitida por el centro zonal de Suba ICBF toda vez que aún no recibía respuesta del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013, y en la Resolución no. 002 no se manifestó que con ese acto se estaba resolviendo el recurso de apelación.

14) La Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 aparentemente resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013, sin embargo ese acto administrativo no fue notificado por tanto es un acto ficto ya que operó el silencio administrativo negativo.

15) El 20 de febrero de 2014 los padres de familia de los niños inscritos en el jardín infantil emitieron un comunicado rechazando el proceso que se llevó a cabo contra el hogar infantil.

3. Los cargos de la demanda

Estimó como normas violadas los artículos 66, 67, 86 y 137 de la Ley 1437 de 2011, los artículos 2 y 3 del Acuerdo 50 de 1996 y el artículo 3 de la Resolución 706 de 1998.

En el libelo introductorio y en el de subsanación la parte actora no enlistó ni tampoco enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos demandados, no obstante de la lectura de la argumentación expuesta se concluye que la acusación se concreta en señalar lo siguiente:

1) Una vez emitida la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 por la Regional Bogotá del ICBF mediante la cual se resolvía el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013 emitida por el Centro Zonal Suba ICBF esta no fue notificada en forma personal vulnerándose los artículos 66 y 67 de la Ley 1437 de 2011, por tanto se configuró el silencio administrativo negativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 *ibidem*.

El artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 ordena que en la diligencia de notificación personal se debe entregar una copia del acto administrativo con la indicación de la fecha y hora de entrega y los recursos que proceden, no obstante la entidad demandada no efectuó la notificación personal del citado acto administrativo ni siquiera -aunque no era procedente- se surtió una notificación por correo electrónico.

Tampoco se surtió la notificación por estrados dado que ninguna de las decisiones administrativas fueron adoptadas en audiencia pública.

2) El artículo 68 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa que de no ser procedente otro medio de notificación diferente a la notificación personal se enviará una citación al domicilio del interesado con la decisión para llevar a cabo la diligencia de notificación personal (sic), la citación la hará la entidad que haya emitido el acto administrativo dentro de los 5 días siguientes a su expedición, es decir que la Regional Bogotá ICBF debió enviar la citación para la diligencia de notificación personal entre los días 27 de noviembre y 3 de diciembre de 2013, tiempo durante el cual a la actora no le llegó comunicación alguna a la dirección de su residencia o la dirección del hogar infantil.

3) El ICBF en aplicación de los artículos 2 y 3 del Acuerdo 50 de 1996 y el artículo 3 de la Resolución 706 de 1998 debe realizar el procedimiento legal para determinar cuáles son los hechos que han fundamentado las decisiones administrativas es decir, si para el caso en concreto hubo una denuncia que se acopla a lo mencionado en la citada resolución se deben restablecer los derechos de los menores de edad como lo ordena la Ley 1098 de 2008, realizar el procedimiento administrativo y de ser necesario expedir copias a la Fiscalía General de la Nación para que se desarrolle el proceso penal que corresponda en aplicación de la Ley 906 de 2004.

No obstante lo anterior el ICBF no expidió copias a la Fiscalía General de la Nación sino que fue la madre de la menor quien interpuso la denuncia y se inició el proceso administrativo ante el ICBF sin que se restablecieran los derechos de la menor y vulnerando los derechos fundamentales de los otros menores de edad que se encontraban inscritos en el jardín infantil, y con violación de los derechos fundamentales y procesales de la madre comunitaria.

4) Dentro del procedimiento administrativo el ICBF debe realizar visitas al jardín infantil con el objeto de comprobar los hechos de la denuncia y restablecer los derechos de los menores de edad, y solo después de realizar

la investigación respectiva y si se verifican los hechos y la vulneración de los derechos es procedente la orden de cierre del hogar comunitario.

Sin embargo el ICBF no realizó un seguimiento ni acompañamiento así como tampoco realizó un trabajo de investigación e indagación, como sí lo hizo la Fiscalía quien expidió un comunicado en donde informó que la madre comunitaria y el jardín infantil no se encontraban investigados dentro del proceso penal.

5) El ICBF no realizó el procedimiento que culminó con el cierre del hogar comunitario bajo los lineamientos de la Resolución no. 706 de 1998 y el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.

4. Contestación de la demanda

4.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Mediante escrito radicado el 28 de octubre de 2015 ante la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contestó la demanda (fls. 321 a 352 cdno. ppal. no. 1), actuación en la que frente los cargos de nulidad esgrimió los siguientes argumentos de defensa:

1) En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: a) el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13; b) el principio de interés superior de los niños y niñas y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás; c) la protección especial de los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y a no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión; d) el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual,

explotación laboral o económica y trabajos riesgoso, y f) la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

2) Cuando estén en conflicto los derechos de un niño, niña o adolescente enfrentados con los de un adulto primará siempre el interés del menor, en ese orden la decisión de cierre del hogar comunitario devino de la convicción firme de amparar los derechos de esa población objeto de protección especial.

3) De conformidad con el ordenamiento jurídico los hogares comunitarios de bienestar (HCB) son una modalidad de atención a la primera infancia que funcionan mediante el otorgamiento de becas a las familias por parte del ICBF para que en corresponsabilidad con la sociedad y el Estado y utilizando un alto porcentaje de recursos locales se atiendan las necesidades básicas de afecto, nutrición, salud, protección y desarrollo psicosocial de los niños y niñas en la primera infancia comprendida desde la gestación hasta los cinco años de edad.

4) Las modalidades de atención brindadas corresponden a familiar, grupal, y modalidad "Fami".

El hogar de la madre comunitaria objeto del proceso corresponde a la modalidad familiar, esto es que el hogar comunitario funciona en la vivienda de la madre comunitaria donde se atienden 14 niños en Bogotá, presta sus servicios 200 días al año durante 5 días a la semana (lunes a viernes de 8:00 am a 4:00 pm), garantiza el 65% del requerimiento nutricional y la atención está a cargo de una madre comunitaria.

5) La Corte Constitucional expuso de manera diáfana la naturaleza y régimen de los hogares comunitarios y las implicaciones jurídicas que conlleva a la entidad a tomar medidas de cierre de esos establecimientos, al respecto en la sentencia SU-224 de 1998 se dispuso lo siguiente "(...) De lo anterior se desprende que, el funcionamiento y resultados efectivos del programa requieren de un control sobre los mencionados hogares; para ello,

la Junta directiva del ICBF, mediante Acuerdo 050 de 1996, determinó las situaciones que dan lugar al cierre inmediato o el definitivo de los mismos, así como lo atinente a su reubicación, consagrando las causales respectivas, los funcionarios competentes para decretarlos y el procedimiento para adoptar la decisión.” (fl. 342 cdno. no. 1).

6) El Acuerdo 50 de 1996 y la Resolución no. 0706 de 1996 expedidos por el ICBF regularon lo relativo a las causas y el procedimiento para el cierre y reubicación de los hogares comunitarios de bienestar familiar.

El cierre se fundamenta en el deber que tiene el ICBF de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución no. 0706 de 1996, asimismo según el artículo 1 del Acuerdo 50 de 1996 el cierre es el acto de clausura del servicio que se presta en el hogar comunitario cuando sobrevengan circunstancias que impidan su normal funcionamiento.

La competencia para adoptar la decisión radica en el coordinador del centro zonal o quien haga sus veces de la jurisdicción a la que pertenece el hogar de oficio o por información de cualquier persona sobre la existencia de una de las causales de cierre mediante resolución motivada.

Aunque la decisión es definitiva se prevén dos clases de cierre: a) inmediato cuando se presentan las causales establecidas en el artículo 2 del Acuerdo 50 de 1996 y, b) posterior, la que se produce después de realizar visitas de seguimiento, asesoría y supervisión del servicio en las que se detecte alguna de las causales establecidas en el artículo 3 *ibidem* y esas fallas no se subsanen en el término establecido.

7) Las causales de cierre inmediato establecidas en el artículo 2 del Acuerdo 50 de 1996 agrupan hechos de mayor gravedad que generan la imposibilidad de seguir prestando el servicio como la enunciada en el literal *k)* referente a *“conductas sexuales abusivas contra un niño en el hogar, por parte de la madre comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar*

donde funciona el hogar, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes” (fl. 342 cdno. no. 1).

8) El procedimiento para el cierre inmediato se encuentra regulado en el artículo 4 de la Resolución 0706 de 1998 y cuando no es inmediato está reglamentado en el artículo 5 *ibidem*.

9) El actor argumenta la falta de notificación de un acto administrativo pero guarda silencio sobre el concepto de violación aspecto necesario para que el juez puede hacer una confrontación de legalidad.

10) Los actos administrativos expedidos dentro de la actuación administrativa y su notificación se efectuó de la siguiente manera:

a) A través de la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013 expedida por la Coordinadora Zonal Suba del ICBF se ordenó el cierre inmediato del jardín infantil Picapiedras perteneciente a la asociación de padres de usuarios de hogares comunitarios bienestar zona 11 a cargo de la actora, por hechos relacionados con el presunto abuso de una menor de edad ocurrido en el mes de agosto de 2013.

La causal invocada fue la establecida en el literal k) del artículo 2 del Acuerdo 50 de 1996 antes referida.

Contra la citada decisión la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

b) Por medio de la Resolución no. 002 de 29 de octubre de 2013 se resolvió el recurso de reposición interpuesto en donde se confirmó la decisión impugnada y se concedió el recurso de apelación.

En el momento de efectuar la notificación personal de la citada resolución la actora se negó a firmar el acta respectiva, circunstancia respecto de la cual se dejó constancia lo que evidencia una notificación por conducta concluyente.

c) Con la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 proferida por la Regional Bogotá del ICBF se dejó sin efectos la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013 en aras de amparar el debido proceso en la medida en que en ese acto administrativo se había otorgado erróneamente el término de 5 días para la interposición de los recursos en sede administrativa, cuando lo cierto era que debían otorgarse 10 días según lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Para efectos de la notificación personal se tuvo contacto con la parte actora y la señora Ángela Pineda Hernández sin embargo la demandante se abstuvo nuevamente de firmar el acta de notificación pero, la señora Ángela Pineda Hernández representante legal de la asociación de padres usuarios de hogares comunitarios de bienestar zona 11 a la cual se encontraba inscrito el hogar infantil recibió copia del acto administrativo y del acta de notificación.

d) En cumplimiento de lo dispuesto en el acto administrativo mencionado en el literal anterior, mediante la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 se confirmó el cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario a cargo de la demandante, los hechos y consideraciones se fundan en la misma causal de cierre y se subsanó el término otorgado para la interposición de los recursos en sede administrativa, reviviéndose los términos para impugnar la decisión.

El 2 de diciembre de 2013 se notificó de la citada decisión a la parte actora, se le entregó copia del acto administrativo y se dejó constancia en el acta de notificación la procedencia de los recursos de reposición y apelación de los cuales podía hacer uso dentro de los 10 días siguientes a la notificación.

11) En el escrito de contestación de la demanda se formularon como medios exceptivos los siguientes: a) *“aplicación del fenómeno de notificación por conducta concluyente respecto de la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013.”*, b) *“ineptitud sustantiva de la demanda por insuficiencia del concepto de violación”*, c) *“ineptitud de la demanda por inexistencia de una causal de nulidad del acto”* y, d) excepción genérica o innominada

consistente en que se declare de oficio cualquier otra excepción que se declare probada en el proceso.

Las citadas excepciones no tuvieron vocación de prosperidad en el desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 22 de julio de 2016 (fls. 381 vlto. a 382 vlto. cdno. no. 1).

4.2 Ángela Pineda Hernández (tercero interesado)

La señora Ángela Pineda Hernández en calidad de representante legal de la Asociación de Padres Usuarios de Hogares Comunitarios de Bienestar Zona 11 una vez vinculada a la actuación judicial en calidad de tercero con interés directo y notificada de la demanda (fls. 368 a 370) guardó silencio.

5. Alegatos de conclusión

Durante el trámite de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de agosto de 2016 (fls. 284 a 286 vlto. cdno. ppal. no. 1) en cumplimiento de lo establecido en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

Tanto la parte actora como la entidad demandada presentaron los respectivos alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda y en la contestación de esta (fls. 416 a 423 y 424 a 428 cdno. no. 1).

6. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá DC en providencia de 25 de noviembre de 2016 (fls. 429 a 455 vlto. cdno. ppal. no. 1) dictó sentencia en la que decidió declarar la nulidad de los actos acusados.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia frente a los cargos de la demanda fueron los siguientes:

1) En este caso concreto se hace necesario determinar si los actos acusados vulneraron el debido proceso por cuanto al parecer: a) no se brindaron las oportunidades procesales tales como presentar descargos, presentar o solicitar pruebas, rendir versión libre o ser informada del acto de apertura de la investigación frente a la denuncia de abuso sexual presentada por la madre de la menor Salomé Pino Serna y, b) no se agotó el procedimiento de notificación dispuesto para los actos acusados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2) Las normas generales del procedimiento administrativo previstas en la primera parte de la Ley 1437 de 2011 son de obligatoria observancia para la administración siempre y cuando no existan normas especiales que regulen la actuación administrativa ya que de existir deben aplicarse de manera preferente, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 34 y 47 *ibidem*.

3) En este caso concreto el ICBF actuó con sujeción a lo dispuesto en el Acuerdo 50 de 14 de noviembre de 2016 y en la Resolución no. 706 de 18 de marzo de 1998 modificada por la Resolución no. 1959 de 2001 en donde como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (443 vlto. a 445 cdno. no. 1) no solo se establecieron las causales de cierre de un hogar comunitario sino que también se indica el procedimiento a seguir.

4) En este caso concreto el procedimiento administrativo que debe ser aplicado es el consagrado en el artículo 4 de la Resolución no. 706 de 1998 dado que la causal que se esgrimió para el cierre del hogar comunitario es la contenida en las denominadas de cierre inmediato contemplada en el literal *k)* del artículo 3 *ibidem* consistente en “*conductas sexuales abusivas contra un niño en el hogar, por parte de la madre comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar donde funciona el hogar, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes*”

El artículo 4 de la Resolución no. 706 de 1998 frente al procedimiento para el cierre inmediato estipula lo siguiente: “1. *El Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces comprobará sumariamente la existencia de alguna de*

las causales para el cierre inmediato. Si ello no es posible, ordenará una visita para verificar los hechos, siendo obligación de quien la practique presentar el informe correspondiente. 2. Analizados los hechos y las pruebas, si el Coordinador del Centro Zonal, o quien haga sus veces, encuentra mérito para decretar el cierre del hogar procederá a expedir la resolución motivada correspondiente. 3.<Numeral modificado por el artículo 1 de la Resolución 1959 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Expedida la Resolución, se notificará personalmente en los términos establecidos en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Representante Leal de la Asociación de Padres de Familia, a la Madre Comunitaria y a la Junta de Padres a que pertenezca el Hogar. Contra esta resolución procederán los recursos de reposición ante el funcionario que profirió el acto y el de apelación ante el Director Regional o Seccional de Agencia.

5) Como se desprende de la citada norma, se estableció un procedimiento tendiente a garantizar los derechos prevalentes de los menores de edad, esto es, se fijó un procedimiento expedito ante la gravedad de las situaciones contenidas en las causales del artículo 3 de la Resolución no. 706 de 1998 para decidir el cierre inmediato del hogar comunitario.

En ese trámite no se prevén las etapas de apertura de investigación, formulación de cargos, traslados para formular descargos, solicitud y aporte de pruebas o términos para alegar de conclusión como sí se hallan definidas en la Ley 1437 de 2011 la cual únicamente puede ser aplicada ante la inexistencia de una norma especial.

Es claro que las regulaciones especiales que reglamentan el cierre de los hogares comunitarios de bienestar familiar han dispuesto una restricción legítima del derecho del debido proceso dentro del trámite administrativo dando la oportunidad únicamente de interponer los recursos en sede administrativa, por lo que no puede aducirse que exista un desconocimiento de las etapas procesales antes expuestas cuando lo cierto es que la norma especial no las contempló, por lo que el cargo formulado por la parte actora consistente en la vulneración al debido proceso por no haberse brindado la

oportunidad de participar en las etapas previas a la expedición del acto administrativo de cierre de hogar infantil no está llamado a prosperar.

6) El cargo de vulneración del debido proceso por indebida o falta de notificación de los actos acusados a la parte actora tampoco está llamado a prosperar por las siguientes razones:

a) En el expediente obra la Resolución no. 002 de 1 de noviembre de 2013 (sic) y la resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 mediante las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la Resolución de cierre no. 001 de 23 de octubre de 2013, por tanto es evidente que la parte actora ejerció su derecho de defensa en los términos consignados en el numeral 3 del artículo 4 de la Resolución no. 706 de 1998 por cuanto presentó oportunamente los recursos interpuestos.

b) Si bien se omitió agotar el procedimiento de notificación de los actos administrativos contenido en los artículos 67 a 75 de la Ley 1437 de 2011 se advierte que con la interposición de los recursos operó el fenómeno de la notificación por conducta concluyente establecido en el artículo 72 *ibidem*.

c) Igual situación ocurre frente a la manifestación de la parte actora por la falta de notificación personal de la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 mediante la cual se resolvió el recurso de apelación y se revocó parcialmente la Resolución no. 001 de 2013 ordenando la subsanación de los mecanismos de notificación, toda vez que en el expediente consta el acta de notificación personal de la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 suscrita por la actora en donde se da cuenta del recibimiento del acto administrativo que ordena nuevamente el cierre del hogar comunitario una vez subsanado el procedimiento de notificación respectivo.

d) En la lectura de este último acto administrativo se encuentran varias referencias y comentarios sobre la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 proferida por la Regional Bogotá ICBF mediante la cual se ordenó la subsanación de los mecanismos de notificación del acto administrativo que ordenó el cierre del hogar comunitario.

f) Acreditado el conocimiento de la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 en donde existen referencias sobre la existencia de la Resolución 2536 –acto que se acusa como indebidamente notificado- puede deducirse la notificación por conducta concluyente conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1437 de 2011.

g) Aún si persistiera la falta de notificación del acto administrativo que ordenó la revocatoria parcial y la subsanación de la notificación del acto administrativo que ordenó el cierre del jardín infantil, en sede de apelación, no se advertiría una violación del debido proceso por cuanto frente a esa manifestación no procedían recursos, y conforme a la determinación de la Regional Bogotá ICBF se resolvió subsanar toda la actuación desde el cierre lo cual fue realizado nuevamente mediante la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 expedida por el Centro Zonal de Suba en donde se dio la oportunidad de presentar nuevamente recursos contra la medida realizando en debida forma la notificación personal en esa ocasión.

h) El despacho incluso dispuso la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho partiendo del supuesto que frente a la resolución de cierre del hogar comunitario proferida inicialmente por la coordinación del centro zonal de Suba ICBF se habían interpuesto en oportunidad los recursos de ley, por tanto si la Regional Bogotá resolvió revocar lo actuado por indebida notificación del acto no se le podía exigir a la investigada que agotara los recursos frente al nuevo acto de cierre fundamentado en las mismas motivaciones.

i) Como su derecho de oposición se ejerció en tiempo y frente a los errores de la administración no se le endilgaría una negligencia que llevaría una denegación de acceso al medio de control jurisdiccional el *a quo* admitió la demanda sin observarse refutación por la parte actora, con lo que se acredita que la irregularidad en la notificación del acto que resolvió el recurso de apelación no afectó el debido proceso de la madre comunitaria en cuanto a la notificación.

7) Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Resolución no. 706 de 1998 expedida por el ICBF de presentarse alguna de las causales de cierre inmediato tipificadas en el artículo 3 *ibidem* el ICBF únicamente se encuentra obligado a comprobar sumariamente la existencia del supuesto contenido de las causales o, de lo contrario ordenar una visita de verificación de hechos para después de analizar los hallazgos y las pruebas recaudadas definir si se comprobó alguna de las situaciones previstas en la norma y por ende declarar el cierre inmediato del hogar comunitario.

8) La obligación del ICBF se encuentra circunscrita en primer lugar a la existencia y presentación de una prueba sumaria entendida como plena prueba, es decir como un medio probatorio que reúne los requisitos exigidos para demostrar algo pero que no ha sido presentada a la contraparte o no ha sido contradicha.

9) Como se anotó, si no se puede comprobar sumariamente alguna de las causales de cierre inmediato se debe ordenar una visita para verificar los hechos y una vez presentado el informe los analizará junto con las pruebas para decretar el cierre del hogar comunitario si se encuentra que hay mérito para ello mediante acto motivado.

10) De la lectura realizada a la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 expedida por el ICBF se encuentra que la administración no adujo la existencia de una prueba sumaria para ordenar el cierre inmediato del hogar comunitario, introdujo como antecedente una denuncia interpuesta por la señora Diana Carolina Cerna Castrillón en contra del hogar comunitario el 12 de diciembre de 2013 por un presunto abuso sexual cometido en contra de su hija Salomé Pino Serna mientras se encontraba al cuidado de la madre comunitaria Sandra Fabiola Guacaneme Plazas allegando historial clínico emitido por la Clínica Universitaria Colombia pero, sin enunciar, relacionar o señalar la existencia de material probatorio que hiciera evidente la procedencia del cierre inmediato.

11) Por tanto el centro zonal Suba del ICBF en aplicación del artículo 4 ordenó al grupo interdisciplinario practicar un visita al hogar comunitario el 9

de octubre de 2013 cuyo fin era verificar los hechos que pudieran dar lugar al cierre inmediato del hogar y que en el presente caso consistían en comprobar *“conductas sexuales abusivas contra un niño en el hogar por la madre comunitaria u otra persona que permanezca o habite en el lugar donde funciona el hogar,”* como un supuesto de cierre inmediato contenido en el literal k) del artículo 3 de la Resolución 706 de 1998, asimismo realizó una reunión con los padres de familia el 11 de octubre de ese mismo año de lo que se deduce que no disponía de una prueba pertinente, conducente y útil que le permitiera ordenar la medida, por ello se encontraba obligado a decidir el asunto una vez conociera los resultados de las visitas y reuniones realizadas.

12) Conforme se estableció en los actos administrativos que ordenaron el cierre del hogar comunitario los niños expresaron al equipo interdisciplinario del centro zonal Suba su gusto por encontrarse en el hogar comunitario, que eran estimados, apreciados y en cuanto al abuelo (de quien nunca se expresa su identidad y supuestamente familiar de la madre comunitaria) manifiestan que los consiente y besa igual que las madres comunitarias, les abraza en los hombros, la espalda y pecho, que nunca nadie ha tocado sus partes íntimas, que nunca se encuentran solos, que siempre están en presencia de la profesora esperanza o con la profesora Fabiola.

Se concluye que frente a la visita de verificación no se comprobó el hecho de presunto abuso sexual cometido en contra de la menor de edad Salomé Pino ni tampoco la existencia de los riesgos para los menores de edad a cargo de la madre comunitaria por lo que no se reunían los requisitos para ordenar el cierre inmediato.

13) En cuanto a la reunión con los padres de familia los mismos actos denunciados revelan que el 11 de octubre de 2013 el centro zonal Suba realizó una encuesta de satisfacción en donde se concluyó que ellos se encontraban a gusto con el hogar comunitario, que se manejaba total transparencia en sus actividades, que los niños se entregaban a sus padres con presentación personal adecuada, y que no habían tenido problemas con

los menores frente a comportamientos extraños e inadecuados como la manipulación de sus genitales.

La citada apreciación fue corroborada por los testimonios de los padres de familia en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 24 de agosto de 2016, entre ellos los de los señores Jenny Fair Barajas, Diana Lagos, Edith Vargas y Ricardo Lesmes quienes manifestaron su gusto con el hogar comunitario en ese periodo, las opiniones positivas sobre el estado y cuidado de los menores de edad que asistían al jardín infantil y su apreciación subjetiva frente a la profesora Sandra Fabiola Guacaneme.

14) La motivación de los actos administrativos que ordenaron el cierre del hogar comunitario se limitó a transcribir en forma integral el informe de visita de verificación del hogar comunitario y del informe del acta de reunión con los padres de familia sin realizar ningún tipo de inferencia, análisis o deducción que le hubiese permitido al ICBF esbozar una hipótesis simple frente a la ocurrencia del hecho abusivo en contra de un menor de edad.

15) Las conclusiones de la visita de verificación y de la reunión de padres de familia daban por sentado que frente a las acusaciones de abuso sexual dentro del hogar comunitario no habrían ocurrido con anterioridad por lo que en sana crítica debió haberse realizado un ejercicio analítico que permita definir sin ninguna duda la existencia de la causal de cierre contenida en el literal k) del artículo 2 del Acuerdo 50 de 1996.

16) Incluso dentro del expediente administrativo se relacionan varias actuaciones administrativas de atención a la menor Salomé Pinto que no fueron aducidas en los actos acusados como la valoración psicológica llevada a cabo en el centro zonal Suba, sin embargo tampoco tendrían la suficiencia para acreditar el hecho por cuanto aquella se llevó a cabo un mes después de ocurrido el hecho y la menor podría ser influenciada por los conceptos y estimaciones de su progenitora quien manifestó en la denuncia ante la fiscalía que su hija asistió por dos semanas al hogar comunitario, en la clínica manifestó que asistió por tres días y en la valoración del centro zonal Suba declaró que estuvo 4 días bajo el cuidado de la madre

comunitaria con lo que se evidencia que tampoco tiene certeza frente a lo ocurrido en el hogar comunitario.

17) El celo institucional por proteger a los menores de edad y de garantizar sus derechos no puede contravenir arbitrariamente los derechos de otros más aun cuando el análisis probatorio evidencia que el ICBF parte de una consideración primaria para concluir que existió un abuso sexual (contacto físico con menor de edad).

De lo transcrito en los actos acusados se advierte que los funcionarios del ICBF tanto en la visita de verificación de los menores en el hogar comunitario como en la reunión de los padres de familia hacen directas manifestaciones al contacto físico como antecedente al abuso sexual, con lo cual sin una debida valoración probatoria inducen a que el interesado y el fallador en su propio raciocinio concluyan que la entidad demandada sobredimensionó la conducta afectuosa del abuelo con los menores de edad.

18) Así las cosas, no se soportó probatoriamente la decisión de cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario dentro de los actos administrativos demandados, hecho que vulneró el debido proceso.

19) En cuanto a las súplicas de la demanda consistente en la reparación del daño con ocasión a la expedición de los actos administrativos demandados discriminados como daño emergente, lucro cesante, indemnización futura y daños morales no obra dentro del expediente pruebas que acredite la existencia de esos daños por tanto deben ser negados.

20) En ese orden se declaró probado el cargo de falsa motivación en la expedición de los actos demandados por lo que fueron anulados.

7. Los recursos de apelación

7.1 Parte actora

El 15 de diciembre de 2016 la parte actora presentó por escrito recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 463 a 467 cdno.

ppal. no. 1) medio de impugnación este que fue concedido mediante auto de 8 de febrero de 2017 (fl. 483 y vlto *ibidem*).

Los argumentos del recurso fueron los siguientes:

1) La madre comunitaria tenía a su cargo el hogar comunitario desde enero de 2012 hasta octubre de 2013 (fecha del cierre definitivo) y recibía como beneficio del ICBF lo siguiente:

a) El 75% del salario mínimo legal mensual vigente recibiendo para el año 2012 una remuneración de \$425.000.

b) El 85% del salario mínimo legal mensual vigente recibiendo para el año 2013 una remuneración de \$501.000.

c) Se encontraba afiliada a seguridad social en salud y pensión como madre comunitaria del ICBF y mensualmente de su remuneración se realizaban los descuentos de seguridad social.

d) Mensualmente recibía el dinero de las pensiones de los niños por valor de \$45.000 por cada niño siendo un hogar con capacidad para 15 niños, recibéndose un total de \$630.000.

e) Semanalmente el hogar comunitario recibía un mercado de alimentos procesados por valor de \$40.000 y mensualmente un mercado de abarrotes.

3) La madre comunitaria tenía un contrato de trabajo denominado realidad, esto es que la madre comunitaria prestaba un servicio a nombre del ICBF en favor de los menores de edad y recibía mensualmente de la tesorería del ICBF una remuneración, se encontraba afiliada al sistema de seguridad social como madre comunitaria, debía cumplir un horario de atención y estaba subordinada por la asociación de padres usuarios de hogares de bienestar zona 11 ICBF, la coordinación del centro zonal Suba ICBF y por la dirección general.

4) Como quiera que la madre comunitaria prestaba sus servicios laborales para el ICBF y teniendo en cuenta que los actos acusados que ordenaron el cierre definitivo del hogar comunitario fueron declarados nulos la madre comunitaria debe ser indemnizada por las siguientes razones:

a) Desde el 23 de octubre de 2013 (cierre definitivo del hogar comunitario) y hasta el 25 de noviembre de 2016 (emisión de la sentencia de primera instancia) la madre comunitaria no ha percibido su remuneración mensual por el cierre sin justa causa del jardín infantil.

Como quiera que la madre comunitaria sostenía un contrato realidad con el ICBF esa entidad debe ser llamada a indemnizar a la madre comunitaria reconociéndole los salarios dejados de percibir.

b) Desde enero de 2014 se la retiró arbitrariamente del sistema de seguridad social en salud y pensión desprotegiendo igualmente a su hija por lo que se debe restablecer su derecho a seguir afiliada en esos sistemas y se debe realizar el cálculo actuarial por las cotizaciones en pensión que se han dejado de pagar desde octubre de 2013.

5) Dentro del escrito de la demanda se sustentó la cuantía y que corresponde a cada una de las indemnizaciones solicitadas por los perjuicios ocasionados.

6) El *a quo* no tuvo en cuenta la sustentación de la cuantía formulada en la demanda, las pruebas documentales allegadas como el comunicado emitido por la regional del ICBF de Bogotá donde ordena a la coordinadora del centro zonal de Suba ICBF abstenerse de retirar de la seguridad social a la madre comunitaria, situación que no se cumplió ya que se la retiró desde enero de 2014.

7) No se tuvieron en cuenta los testimonios presentados por las partes quienes manifestaron que el cierre del hogar comunitario trajo perjuicios a los menores de edad y a los padres de familia quienes se vieron en la necesidad

de buscar colegios y jardines para que los menores no quedaran desprotegidos.

Igualmente los testigos manifestaron que quedó arbitrariamente sin su hogar comunitario y desprotegida sin tener en qué trabajar para sostener a su familia.

8) Dentro del expediente se encuentran los antecedentes administrativos aportados por el ICBF, documentos que no se valoraron en donde se encontraban los soportes que evidenciaban los beneficios que tenía la madre comunitaria y que demuestran los perjuicios solicitados en la demanda.

9) Por lo anotado se solicitó revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder a título de restablecimiento del derecho los perjuicios expuestos en la demanda, en el acápite denominado cuantía y los expuestos en este recurso.

7.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El 15 de diciembre de 2016 la parte demandada presentó por escrito recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 468 a 473 cdno. ppal. no. 1) medio de impugnación este que fue concedido mediante auto de 8 de febrero de 2017 (fl. 483 y vlto *ibidem*).

Los fundamentos de la impugnación fueron los siguientes:

1) El Juez de primera instancia restó importancia a un documento contundente como la historia clínica que establece a la niña como víctima, pretendiendo que la administración revele al responsable de la conducta típica que se configura so pretexto de primero esgrimir en el acto censurado el carácter de prueba sumaria.

2) Los estudios de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Rama Judicial establecieron que para el año 2013 el 81% de los casos de violencia sexual contra menores de edad tienen una tasa de fracaso a la hora de

demostrar los presuntos autores o partícipes de ese tipo de delitos por lo que la gran mayoría de esos casos son archivados.

Si para las propias autoridades judiciales con sus equipos de investigación y amparados en el ejercicio de la acción penal les resulta difícil probar esos hechos y llevar a juicio a esos sujetos, qué se puede esperar de funcionarios administrativos que se valen de las denuncias iniciales y las valoraciones que los profesionales de la salud consignan en sus historias clínicas.

3) El artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños gozan de carácter prevalente sobre los demás, axioma desarrollado por la jurisprudencia de la Corte constitucional y consagrado además en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

4) En la sentencia T-397 de 29 de abril de 2004 expedida por la Corte Constitucional se precisó que: *“las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad – incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”* (fl. 472 cdno. no. 1).

5) El principio de prevalencia del interés superior del menor de edad impone a las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño.

Para la efectividad de esos presupuestos los jueces, servidores administrativos y cualquier otra autoridad implicada en la resolución de las tensiones entre las garantías fundamentales de los menores de edad y las de cualquier otra persona deberán dar prevalencia a los derechos de los niños mediante la aplicación de la norma más favorable, con observancia de los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para promover la preservación del bienestar integral de la infancia y la adolescencia.

6) En ningún momento se desconocieron las garantías fundamentales de la parte actora.

Los testimonios rendidos por las señoras Ángela Pineda Hernández representante legal de la asociación de padres de familia de hogares comunitarios de bienestar zona 11 e Ismary Josefina Cerpa González profesional Universitario CZ Suba del ICBF – Regional Bogotá y las historias de atención que dieron origen a la expedición del acto administrativo de cierre del jardín infantil resultan contundentes para determinar que la parte actora conoció el contenido de cada uno de los actos administrativos que se expidieron durante la actuación administrativa, más aun cuando su fundamento está sustentado en los actos que atentan contra el pudor sexual de una menor.

7) Permitir que se reabra el hogar comunitario de la demandante es volver a llevar a los niños a un hogar donde el hecho vulnerante está latente.

8) Por lo anotado se solicitó revocar la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda.

8. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto de 16 de marzo de 2017 (fl. 4 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes del proceso y en cuanto a la solicitud de pruebas solicitadas con el recurso de alzada por la parte actora estas fueron denegadas.

Posteriormente, el 6 de abril de ese mismo año (fl. 8 cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso, al Ministerio Público para que emitiera concepto.

En dicho término la parte actora y la entidad demandada presentaron escrito de alegatos de conclusión (fls. 9 a 10 y 11 a 12 cdno. ppal.) en los que reiteraron los argumentos expuestos en los recursos de alzada.

9. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público emitió concepto en los siguientes términos:

- 1) Previamente a analizar de fondo el asunto se debe verificar si se reúnen los presupuestos de la acción para emitir fallo.
- 2) El *a quo* omitió analizar en debida forma el requisito de procedibilidad previsto en el numeral segundo del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 el cual establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular es necesario haber ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley son obligatorios, salvo que la autoridad no hubiese dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes.
- 3) En el evento de ser procedente el recurso de apelación y haberse registrado expresamente en el acto administrativo su procedencia es necesario que la parte interesada agote el requisito de procedibilidad con el fin de que la administración ejerza el respectivo control de legalidad y de esa forma se agote el procedimiento administrativo.
- 4) En este caso concreto mediante Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013 se impuso la sanción de cierre definitivo al jardín infantil, decisión contra la cual procedían los recursos de reposición y apelación de los cuales hizo uso la parte actora el 28 de octubre de 2013.

5) En desarrollo del procedimiento administrativo se expidió la Resolución no. 002 de 1 de noviembre de 2013 mediante la cual se confirmó la decisión de cierre y se concedió el recurso de apelación ante la Dirección Regional ICBF, esta última entidad una vez recibió el expediente se percató de que la actuación administrativa en su sentir vulneró el debido proceso al concederse solo el término de 5 días para la interposición de los recursos y no de 10 días como lo establecía el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, circunstancia por la cual en forma antitécnica a través de la Resolución no. 2536 de 2013 resolvió dejar sin efecto la actuación surtida con el fin de que fuera nuevamente realizada conforme a los postulados establecidos en la Ley 1437 de 2011, acto administrativo este último que fue comunicado a la parte actora quien se negó a suscribir el acta de notificación personal por lo que únicamente pudo ser notificado a la señora Ángela Pineda Hernández en calidad de representante de la asociación de padres usuarios de hogares de bienestar zona 11.

6) En virtud de lo dispuesto en la Resolución no. 2536 de 2013 la coordinadora del centro zonal Suba del ICBF profirió la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 a través de la cual se confirmó y ordenó el cierre definitivo del hogar comunitario Los Picapiedras, acto administrativo que fue notificado personalmente a la actora el 2 de diciembre de 2013, se estableció además que se subsanaba lo referente a la notificación de la decisión del cierre del hogar y que contra aquella procedían los recursos de reposición y apelación, sin embargo la demandante hizo caso omiso y no interpuso el recurso de apelación el cual era obligatorio como requisito de procedibilidad para poder acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

7) Si bien para el juez de primera instancia procedía la admisión de la demanda partiendo del supuesto que frente a la resolución del cierre del hogar comunitario proferida inicialmente por la coordinación del centro zonal Suba ICBF se habían interpuesto los recursos oportunamente y por tanto “no se le podía exigir a la investigada que agotara los recursos frente al nuevo acto de cierre fundamentando en las mismas motivaciones”, lo cierto es que al revisar el procedimiento adelantado se evidencia que la directora regional Bogotá lo que hizo fue dejar sin efecto la actuación surtida por el quebranto

del debido proceso lo que conlleva que la misma fuera realizada nuevamente, y por ende al notificarse el acto administrativo contenido en la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 es frente a ese acto administrativo definitivo que procedían los recursos de ley ya que ese constituía el nuevo acto que imponía la sanción.

8) Al ostentar la calidad de acto definitivo la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 es esta decisión la que impone el cierre del hogar comunitario puesto que respecto del acto anterior el superior jerárquico lo dejó sin efecto y revocó parcialmente, por consiguiente no puede predicarse que no era procedente exigirle a la demandante agotar los recursos frente a este nuevo acto como lo indica el *a quo* en la sentencia puesto que, como se anotó, ese acto es el que finalmente impuso la sanción, más aun cuando lo que se pretendía era garantizar el derecho al debido proceso de la demandante.

9) La justificación que plantea la parte actora en la demanda y en el proceso respecto del no agotamiento de los recursos obligatorios respecto de la Resolución no. 002 de 2013 obedeció a que no le había sido notificada la decisión que resolvió el recurso de apelación por parte del director regional Bogotá y que en ese acto no se manifestaba que se resolvía el recurso de apelación, argumentos que no pueden ser de recibo para el Ministerio Público ya que la parte actora durante el trámite posterior a la notificación de la Resolución no. 001 de 2013 había estado acompañada de un profesional del derecho como se evidencia en la interposición del recurso, el cual si bien fue presentado en nombre propio las hojas en que fue radicado se encuentran con un membrete en donde se establece "*Campos & Carrizosa – Abogados Consultores*" y los términos utilizados en el contenido del escrito permite inferir el acompañamiento de aquel.

10) Por lo expuesto se solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, se declare probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y como consecuencia se denieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia; 2) objeto de la apelación, 3) declaración de oficio de las excepciones de: a) inepta demanda por falta de ejercicio del recurso de apelación en sede administrativa como requisito de procedibilidad para demandar y, b) caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad de la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013 proferida por el centro zonal Suba ICBF de la ciudad de Bogotá a través de la cual se ordenó el cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario Los Picapiedras de la asociación de padres de familia de hogares comunitarios de bienestar zona 11 de la cual es madre comunitaria la señora Sandra Fabiola Guacaneme Plazas.

Asimismo se solicita la nulidad de la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 expedida por la directora del ICBF regional Bogotá “*que aparentemente resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 001 de 23 de octubre de 2013*” (sic) y que según la actora no le fue notificada, y de la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 emitida por el centro zonal Suba ICBF por la cual se “*confirmó el cierre del jardín Picapiedras*”.

Para el afecto la empresa demandante en el libelo introductorio y en el de subsanación la parte actora no enlistó ni tampoco enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos demandados, no obstante de la lectura de la argumentación expuesta se concluye que la acusación se concreta en señalar la vulneración de los artículos 66, 67, 86 y 137 de la Ley

1437 de 2011, los artículos 2 y 3 del Acuerdo 50 de 1996 y el artículo 3 de la Resolución 706 de 1998.

El problema jurídico en este caso concreto consiste en determinar lo siguiente: a) si el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación fue notificado o no a la parte actora y, b) si se desarrolló el debido proceso administrativo establecido en los artículos 2 y 3 del Acuerdo 50 de 1996 y el artículo 3 de la Resolución 706 de 1998 para efectos de adoptar la decisión establecida en los actos administrativos demandados.

El juez de primera instancia anuló los actos acusados y ordenó la reapertura del jardín infantil en tanto que en los actos administrativos demandados no se soportó probatoriamente la decisión de cierre definitivo del jardín infantil Los Picapiedras.

2. Objeto de la apelación

En cuanto al objeto de la apelación esta se centra en señalar lo siguiente:

a) La parte actora con ocasión de la declaratoria de nulidad de los actos acusados en primera instancia solicitó el pago de los perjuicios relacionados en la demanda.

b) Por su parte el ICBF expuso que los jueces, servidores administrativos y cualquier otra autoridad implicada en la resolución de las tensiones entre las garantías fundamentales de los menores de edad y las de cualquier otra persona deberán dar prevalencia a los derechos de los niños mediante la aplicación de la norma más favorable con observancia de los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para promover la preservación del bienestar integral de la infancia y la adolescencia.

De igual manera la entidad demandada expuso que está demostrado en el expediente administrativo que no se desconocieron las garantías fundamentales de la parte actora ya que conoció todas las decisiones adoptadas en la actuación administrativa, y que permitirse que se reabra el

hogar comunitario de la demandante es volver a llevar a los niños a un hogar donde el hecho vulnerante está latente.

3. Declaración de oficio de las excepciones de: a) inepta demanda por falta de ejercicio del recurso de apelación en sede administrativa como requisito de procedibilidad para demandar y, b) caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

1) Respecto de la resolución de excepciones en la sentencia el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 dispone lo siguiente:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. *La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.*

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

Como se desprende de la citada norma en la sentencia se decidirán, entre otros aspectos, las excepciones que el fallador encuentre probadas y, que el silencio del inferior no impide que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo propuestas o no.

En otros términos el juez administrativo en la sentencia puede declarar todas las excepciones que se encuentren probadas y en tratándose de la segunda instancia procesal con igual razón por tratarse en este caso de un recurso de alzada interpuesto por las dos partes de la litis, circunstancia por la cual el juez no tiene limitaciones para el examen de la controversia según lo dispone el inciso segundo artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión legal expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

2) Ahora bien, en este caso concreto se expidieron los siguientes actos administrativos:

a) Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013 emitida por la coordinadora del centro zonal Suba ICBF de la ciudad de Bogotá DC a través de la cual se ordenó el cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario Los Picapiedras de la asociación de padres de familia de hogares comunitarios de bienestar zona 11 de la cual fue madre comunitaria la señora Sandra Fabiola Guacaneme Plazas (fls. 147 a 153 cdno. no. 1).

b) Contra la citada decisión la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación mediante escrito con radicación el 28 de octubre de 2013 (fls. 168 a 183 *ibidem*).

c) A través de la Resolución no. 002 de 1 de noviembre de 2013 expedida por la coordinadora del centro zonal Suba ICBF de la ciudad de Bogotá DC se resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar el acto impugnado y se concedió el recurso de apelación (fls. 247 a 257).

d) El 26 de noviembre de 2013 se expidió la Resolución no. 2536 *“por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013, que ordena el cierre del hogar comunitario en centro zonal Suba”* en donde se expuso lo siguiente:

“(…).

Que mediante Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013, la coordinadora del centro zonal Suba, determinó el cierre del hogar comunitario “los Picapiedra” a cargo de la señora Sandra Fabilla (sic) Guacaneme, por la infracción al literal k), del artículo segundo del Acuerdo 050 de 1996.

En la parte resolutive del acto administrativo censurado, en su artículo tercero se ordena “notificar personalmente a la señora Sandra Fabiola Guacaneme Plazas (...) y comunicar a la junta de padres del hogar comunitario “Los picapiedra” de conformidad con el artículo segundo del Acuerdo 050 de 1998.”

Por su parte el artículo sexto de la misma Resolución 001 del 23 de octubre de 2013 indica en la parte final que de los recursos, “deberá hacerse uso por escrito en la diligencia de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma o a la desfijación del edicto según sea el caso.”

Dicho acto administrativo fue notificado personalmente el día 23 de octubre a la señora ÁNGELA PINEDA HERNÁNDEZ, representante de la asociación zona 11, a la cual pertenece la madre comunitaria, no obstante, no reposa en el expediente evidencia de notificación a la señora SANDRA FABILLA (sic) GUACANEME, pese a que contra el acto administrativo se presentaron los recursos el día 28 del mismo mes y año.

Resuelto el recurso de reposición el expediente en 106 folios es enviado a esta Regional para estudiar el recurso de apelación y decidir lo que en derecho corresponda, siendo recibido el 06 de noviembre de 2013.

(...).

No obstante lo anterior, la aplicación de esta norma debe tenerse conforme al precepto de la Ley 1437 de 2011, y no conforme al Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto 01 de 1980, puesto que los recursos fueron modificados significativamente en beneficio del asociado, de tal suerte que la interposición de los recursos en sede administrativa, en éste eran de cinco (5) días, y en la norma vigente, es decir en la Ley 1437 de 2011, se ampliaron a 10 días, por lo tanto, cualquier modificación constituye un quebrantamiento al debido proceso puesto que la modificación de la ley es competencia exclusiva del Congreso de la República y no una facultad de la administración, por lo tanto es necesario subsanar lo pertinente para proseguir la actuación.

En el mismo orden y pese a que se interpuso el recurso correspondiente, no se evidencia la notificación personal o por aviso, conforme a los artículos 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011, es necesario que desde el centro zonal se retome la actuación, procediendo de conformidad, razones por las cuales se revocará la Resolución no. 001 de 23 de octubre de 2013, proferida por la coordinadora del centro zonal Suba, no obstante que con el recurso interpuesto se predicaría la conducta concluyente.

En consecuencia se revocará la decisión de primera instancia y se ordenará la devolución del expediente al centro zonal Suba, para que la coordinadora actúe en consecuencia, aclarando que las pruebas obrantes en el expediente no han sido objeto de valoración, por lo tanto, en tanto hayan sido recaudadas conforme a las leyes existentes mantendrán su vigencia y podrán ser usadas por la coordinadora para proferir las decisiones que en derecho considere, y de acuerdo al interés superior de los niños y niñas del hogar comunitario.

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar parcialmente, y en consecuencia dejar sin efecto parte de la resolución no. 001 de 23 de octubre, expedida por la coordinadora del centro zonal Suba mediante la cual decretó el cierre del hogar comunitario de bienestar, denominado “Los Picapiedras” perteneciente a la Asociación de Padres Usuarios de Hogares comunitarios de Bienestar Zona 11,

a cargo de la señora SANDRA FABIOLA GUACANEME PLAZAS
(...).

ARTÍCULO SEGUNDO: *Devuélvase el expediente al centro zonal Suba para que la coordinadora actué en consecuencia, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia, subsanando lo pertinente y emitiendo lo que corresponda, según su competencia.*

(...)

ARTÍCULO SEXTO: *Contra la presente resolución no procede recurso alguno.*

(...)." (fls. 65 a 70 – resalta la Sala).

De lo expuesto se desprende fácilmente contrario a lo manifestado por la parte actora que la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 en modo alguno decidió el recurso de apelación y culminó la actuación administrativa ya que, lo que hizo ese acto administrativo fue revocar la decisión de primera instancia debido a irregularidades procesales presentadas en procedimiento administrativo referentes, por un lado, a que el término para interponer los recursos en sede administrativa era de 10 días como lo dispone la Ley 1437 de 2011 y no de 5 días como se estableció en el acto inicial y, por otro, porque no se llevó a cabo la notificación de la decisión conforme los artículos 68 y 69 de ese mismo cuerpo normativo.

Es claro entonces que finalmente la Resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013 no desató el recurso de alzada sino que la entidad demandada con la finalidad de garantizar el debido proceso revocó la decisión de primera instancia para que se corrigieran las irregularidades procesales presentadas y se profiriera una nueva decisión.

e) En cumplimiento de lo ordenado en el acto administrativo citado en el literal anterior la coordinadora del centro zonal Suba ICBF de la ciudad de Bogotá DC expidió una nueva decisión contenida en la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 en donde ordenó el cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario y definió, entre otros aspectos, que contra esa decisión procedían los recursos de reposición y apelación.

En efecto en ese acto administrado se dispuso lo siguiente:

“RESOLUCIÓN No. 002

DOS (02) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013)

LA COORDINADORA DEL CEONTRON ZONAL SUBA DEL ICBF
(...).

CONSIDERANTO

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR EL CIERRE INMEDIATO Y DEFINITIVO del hogar comunitario “LOS PICAPIEDRAS” DE LA ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR “ZONA 11” de la cual es madre comunitaria la señora FABIOLA GUACANEME PLAZAS, (...).

(...).

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente a la madre comunitaria señora SANDRA FABIOLA GUACANEME PLAZAS, (...).

(...).

ARTÍCULO SEXTO: SUBSANAR, por parte de esta coordinación lo pertinente a la notificación de la presente decisión, a la señora SANDRA FABIOLA GUACANEME PLAZA, (...) en los términos del artículo 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, según lo establecido en la resolución no. 2536 de 26 de noviembre de 2013, emitida por la Directora Regional Bogotá, Dra DIANA PATRICIA ARBOLEDA RAMÍREZ).

ARTÍCULO SÉPTIMO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra ella procede los recursos de reposición ante el funcionario que expidió el acto y el de apelación ante el Director Regional del ICBF; de estos deberá hacerse uso por escrito en la diligencia de notificación en los términos del artículo 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). (fls. 276 a 282 mayúsculas sostenidas del texto original – negrillas adicionales).

En ese contexto es evidente que la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 fue la que finalmente ordenó el cierre del hogar comunitario y contra la cual procedían los recursos de reposición y apelación, ello en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 4 de la Resolución 706 de 1998 expedida por el ICBF el cual consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. DEL PROCEDIMIENTO PARA EL CIERRE INMEDIATO.

(...)

3.<Numeral modificado por el artículo 1 de la Resolución 1959 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> **Expedida la Resolución**, se notificará personalmente en los términos establecidos en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Representante Leal de la Asociación de Padres de Familia, a la Madre Comunitaria y a la Junta de Padres a que pertenezca el Hogar. **Contra esta resolución procederán los recursos de reposición ante el funcionario que profirió el acto y el de apelación ante el Director Regional o Seccional de Agencia.**” (destaca la Sala).

En este caso concreto la decisión de cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario contenida en la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 fue notificada personalmente a la parte actora en esa misma fecha entregándole copia del acto administrativo, informándole los recursos procedentes contra la decisión (reposición y apelación) y el término que tenía para interponerlos (fl. 285 cdno. no. 1).

3) En ese orden de ideas es claro que frente a la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 se debían interponer los recursos en sede administrativa, cuando menos el recurso de apelación por cuanto era obligatorio ejercerlo para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en tanto que este constituye un requisito de procedibilidad para demandar como acertadamente lo expuso el Ministerio Público.

4) En efecto, sobre la oportunidad y presentación de los recursos en sede administrativa el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa:

“Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o

ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.”
(negrillas adicionales).

De la citada disposición se desprende, sin hesitación alguna, que cuando en sede administrativa procede el recurso de apelación es obligatorio interponerlo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Concordantemente el numeral 2 del artículo 161 *ibidem* establece como requisito de procedibilidad para demandar haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, como lo es el recurso de apelación.

Al respecto la norma preceptúa lo siguiente:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...).

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.” (negrillas adicionales).

4) No obstante lo anterior, en este caso concreto la parte actora frente a la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 que ordenó el cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario a pesar de haber sido notificada personalmente de esa decisión no interpuso los recursos en sede administrativa, en especial no ejerció el recurso de apelación el cual era

legalmente procedente y por tanto era obligatorio interponerlo para acudir en demanda ante esta jurisdicción.

5) Así las cosas al no ejercerse el recurso de alzada en sede administrativa siendo obligatorio interponerlo es claro que no se cumplió con el requisito de procedibilidad para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por lo que la Sala declara probada de oficio la excepción de inepta demanda por falta de ejercicio del recurso de apelación en sede administrativa como requisito de procedibilidad para demandar.

Cabe resaltar que frente a este preciso aspecto el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente¹:

“(...). De tal suerte que, al no haberse cumplido con el requisito de procedibilidad, establecido en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA, en lo atinente a interponer el recurso de apelación, por tener la connotación de obligatorio, la Sala considera procedente tal y como así lo declaró el juez de primera instancia, de declarar de oficio probada la excepción de ineptitud de la demanda, por no agotar los presupuestos procesales de los recursos en sede administrativa y en consecuencia, inhibirse para pronunciarse respecto al fondo del asunto.

(...).” (se destaca).

6) Sin perjuicio de lo anterior la Sala observa, además, que en este caso concreto operó el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por las razones que se explican a continuación:

a) Como se analizó, la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 ordenó el cierre inmediato y definitivo del hogar comunitario, acto administrativo contra el cual no se interpusieron los recursos en sede administrativa a pesar de haber sido debidamente notificado en esa misma fecha de forma personal a la parte actora.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación Expediente Número: 25000-23-42-000-2012-00887-01(3432-13), sentencia de 29 de junio de 2017, M.P. César Palomino Cortés.

b) Ahora bien de conformidad con el 87 de la Ley 1437 de 2011 los actos administrativos quedan en firme, entre otros casos, desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos si estos no fueron interpuestos como ocurrió en este caso concreto, al respecto la norma establece lo siguiente:

“Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
- 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.**
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.” (resalta la Sala).

c) Por su parte el 76 de la Ley 1437 de 2011 consagra que los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los 10 días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso.

d) En este caso objeto de análisis la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013 fue notificada personalmente en esa misma fecha (fls. 285 cdno. no 1) por lo que de conformidad con la citadas normas la parte actora disponía hasta el 16 de diciembre de 2013 para interponer los recursos en sede administrativa, pero como no lo hizo, el citado acto administrativo quedó en firme el 17 de esos mismos mes y año.

e) En ese sentido respecto de la oportunidad para ejercer el medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho el artículo 164 del CPACA dispone lo siguiente:

“Artículo 64.- La demanda deberá ser presentada: (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...).

d. Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.” (negrillas de la Sala).

En ese contexto normativo la caducidad constituye un plazo perentorio y preclusivo para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, vencido el cual impide un pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad de los actos demandados.

De la norma transcrita se tiene que el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación, notificación o ejecución del acto que agotó la vía gubernativa, según sea el caso, el que para el presente asunto se contabiliza desde el día siguiente a aquél en que quedó en firme la Resolución no. 002 de 2 de diciembre de 2013, la cual quedó ejecutoriada el 16 de diciembre de 2013, por lo tanto el término de cuatro (4) meses que señala la norma empezó a correr al día siguiente y venció el 17 de abril de 2014.

f) Ahora bien, el 2 de abril de 2014 la parte actora presentó una solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Novena Judicial II para Asuntos Administrativos, según se corrobora en el folio 62 y vltto. del cuaderno número 1 del expediente.

Al respecto cabe manifestar que el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 establece como presupuesto procesal el agotamiento de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR.
La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. (...)" (resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 21 de la ley 640 de 2001² prevé que una vez presentada la solicitud de conciliación prejudicial el término de caducidad se suspende hasta que se expida la respectiva constancia.

g) Así las cosas, a partir del 2 de abril de 2014 se suspendió el término de caducidad del medio de control ejercido hasta el 4 de junio de 2014 cuando se declaró fallida la mencionada conciliación agotando así el requisito de procedibilidad (fl. 64 y vlto. cdno. no. 1), por lo tanto a partir del día siguiente a la mencionada fecha se reanudó la contabilización del término de caducidad.

h) En atención a lo anterior la Sala pone de presente que la parte demandante para el momento en que se produjo la suspensión del término de caducidad por la presentación de solicitud de conciliación aún contaba con dieciséis (16) días para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, término que empezó a contar nuevamente el día siguiente a aquel en que se declaró fallida la conciliación, esto es, desde el 5 de junio de 2014 y culminó el 20 de junio del mismo año, por tanto para el día 24 de febrero de 2015, fecha en que se presentó la demanda ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá (fl. 77 vlto. cdno. no. 1) el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ya estaba caducado según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

² "ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable."

i) Por consiguiente la Sala declarará probada también de oficio la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

7) Como consecuencia necesaria de lo anterior la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará probadas las excepciones de inepta demanda por falta de ejercicio del recurso de apelación en sede administrativa como requisito de procedibilidad para demandar y caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, como quiera que la sentencia de primera instancia será revocada, en el presente evento hay lugar a condenar en costas causadas en ambas instancias a la parte actora en la condición de parte vencida cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 ibidem que preceptúa *“las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior”*.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

F A L L A :

1º) Revócase la sentencia de 25 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá y en su lugar de **decláranse** probadas las excepciones de inepta demanda por falta de

ejercicio del recurso de apelación en sede administrativa como requisito de procedibilidad para demandar y, caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2º) Condénase en costas causadas en ambas instancias procesales a la parte demandante conforme a lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 numeral 4 y 366 del Código General del Proceso cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia.

3º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado